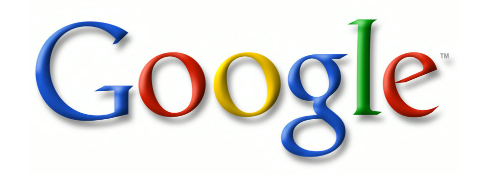
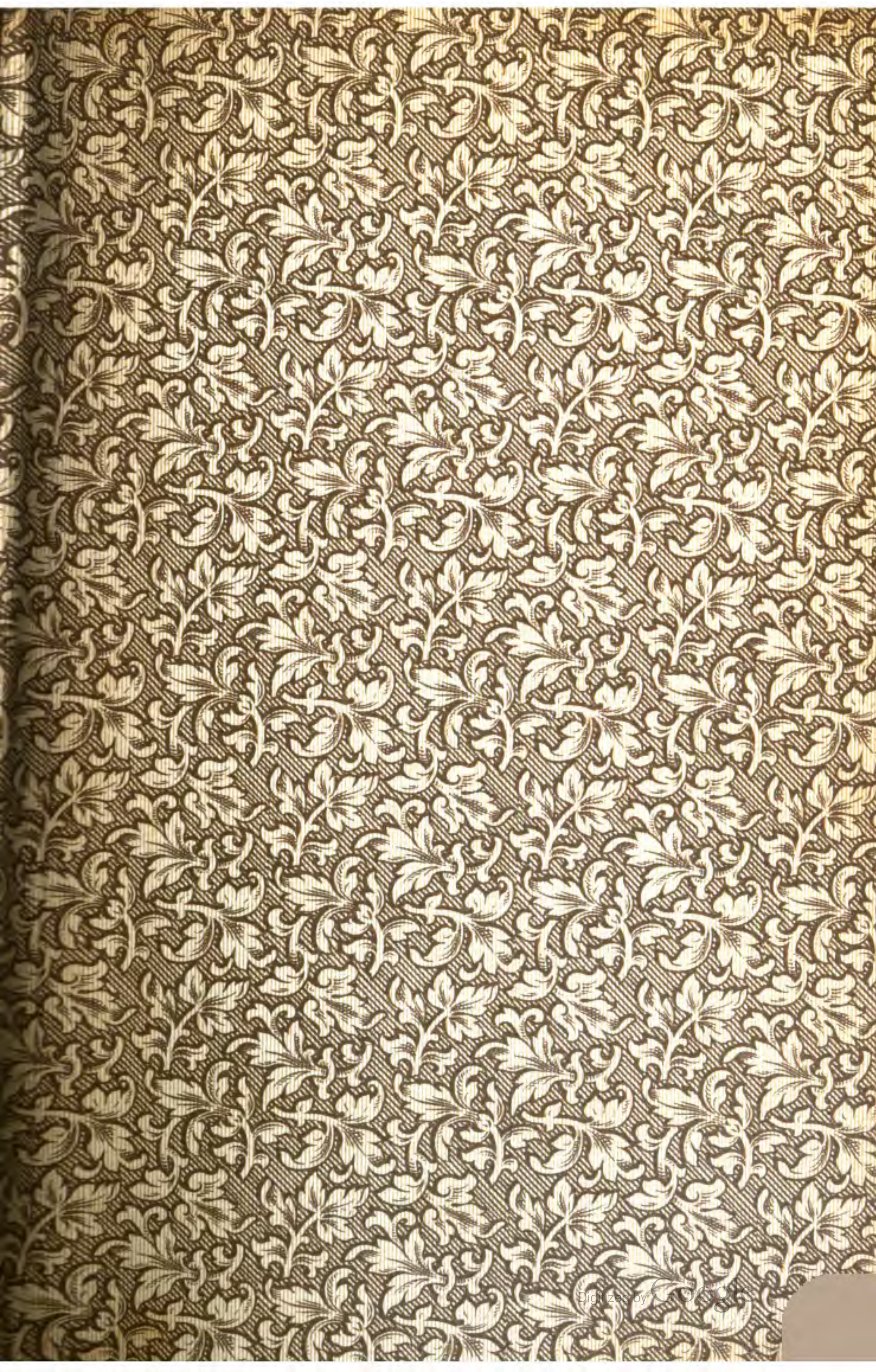





SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Annalen

des

Königl. Sächs. Oberappellationsgerichts

zu

Dresden.

Herausgegeben
durch

Dr. Conrad Sickel,
Präsidenten des K. S. Oberappellationsgerichts, Comthur des K. S. Verdienstordens,

Dr. Karl Magnus Pöschmann,
Oberappellationsrath,

und

Paul Otto,
Oberappellationsrath.

Neue Folge.
Achter Band.

Leipzig,
Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung.
1871.

Zum Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund.*)

Von Herrn Oberappellationsrath Otto.

II.

§. 2 des Einführungsgesetzes.

„Rechtseinheit!“ war das Feldgeschrei, unter welchem das DStGB. in Angriff genommen und erkämpft wurde; als es aber galt, das Errungene zu verwerthen und ins Leben einzuführen, wählte man für das Banner, unter dessen Vortritt Solches geschehen sollte, eine Inschrift, die, will man sie nicht geradezu als unleserlich bezeichnen, doch jedenfalls vieldeutiger kaum ausfallen konnte.

Als jene Inschrift muß ich den §. 2 des Einführungsgesetzes ansehen, in welchem — in Anschluß an §. 1, der als Anfangstermin für die Gültigkeit des DStGB.'s den 1. Januar 1871 festsetzt — Folgendes bestimmt worden ist:

> „Mit diesem Tage tritt das Bundes- und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund sind, außer Kraft.
>
> In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften des Bundes- und Landesstrafrechts, namentlich über strafbare Verletzungen der Preßpolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischerei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizei-Gesetze, über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts und über den Holz- (Forst-) Diebstahl.
>
> Bis zum Erlasse eines Bundesgesetzes über den Concurs bleiben ferner diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche

*) Fortsetzung von Annalen N. F. Bd. VII. S. 544.

rücksichtlich des Concurses in Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben auf Handlungen sich beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund nichts bestimmt."

Welche Bedeutung ist namentlich der Vorschrift des Abs. 1 und zwar vorzugsweise dem darin gedachten Landesstrafrechte gegenüber beizulegen?

Wäre man genöthigt, sie streng nur nach ihrem Wortlaute aufzufassen und wollte man vornehmlich den Ausdruck „Materien" zu eng interpretiren, so möchte kaum erfindlich sein, zu welchem Zwecke überhaupt jene Vorschrift ertheilt worden wäre, da solchenfalls in ihr schwerlich mehr gefunden werden könnte, als eine jedenfalls entbehrliche Wiederholung des schon durch Art. 2 der Bundesverfassung festgestellten Satzes: „daß die Bundesgesetze den Landesgesetzen vorgehen." Es würde dann kaum mehr gefolgert werden können, als daß das neue Bundesstrafgesetz dafür, welche Handlungen strafbar und mit welchen Strafen sie zu belegen seien, habe maßgebend werden sollen; dagegen würde es solchenfalls wohl der Annahme an jeder Berechtigung fehlen, wie in dem Erlasse des Bundesstrafgesetzbuchs zugleich auch die Erklärung liege, daß alle in demselben nicht erwähnten Handlungen criminalrechtlich straflos zu bleiben hätten. Kann nämlich auch dem Schweigen eines Landesstrafgesetzbuchs über die eine oder andere Handlung nur der Sinn untergelegt werden, daß letztere in dem betreffenden Einzelstaate als straflos habe angesehen werden sollen, so würde man doch an sich und dafern man lediglich an Art. 2 der Verfassungsurkunde sich hält, auch dem §. 2 des Einführungsgesetzes eine weitergehende Bedeutung nicht einräumt, der Bundesgesetzgebung gegenüber zu einer gleichen Schlußfolgerung in keiner Weise sich für berechtigt erachten dürfen, vielmehr wäre solchenfalls ausschließlich ein ganz ausdrücklicher und directer bundesgesetzlicher Ausspruch über die Strafbarkeit oder Straflosigkeit dieses oder jenes Gebahrens als für die Landesgesetzgebung bindend anzusehen und würde es letzterer einer solchen Interpretation gegenüber unbenommen sein, in allen Fällen eines von dem DStGB. über den

einen oder anderen Punkt beobachteten Schweigens aus diesem Schweigen anstatt *der* Folgerung, daß die betreffende Handlung für straflos erachtet worden, ebenso gut *den* Schluß zu ziehen, wie es hiernach gerade in der Absicht des Bundesgesetzgebers gelegen habe, die Beurtheilung dieser Handlung der Landesgesetzgebung zu überlassen; ja, selbst wenn aus den Motiven des DStGB.'s oder aus den Reichstagsverhandlungen hervorginge, daß man dort eine Handlung für straflos angesehen und lediglich aus diesem Grunde in das Bundesstrafgesetzbuch nicht mit aufgenommen habe, würde hierin noch kein für die Landesgesetzgebung bindendes Moment zu erblicken sein, indem es solchenfalls immerhin an einem bundesgesetzlichen, dem Landesstrafrechte derogirenden *Ausspruche* gebräche.

Aber ich glaube auch kaum, daß man jene Bestimmung in diesem Sinne auffassen und handhaben müsse. Schon ihre Genesis spricht dagegen.

Der erste Entwurf zum Einführungsgesetze lautete in dieser Beziehung anders. Er setzte nach Inhalt des Art. II *alle codificirten* Strafgesetzbücher der Einzelstaaten unter namentlicher Aufführung derselben, sowie auch insonderheit, soviel das Königreich Sachsen betrifft, ganz ausdrücklich dessen „Revidirtes StGB. vom 1. October 1868" und zwar sammt allen „diese Gesetze ergänzenden, abändernden und erläuternden Bestimmungen" gänzlich außer Wirksamkeit und bestimmte in seinem Art. III überdies, daß „*dagegen* die *besonderen* Bundes- und Landesstrafgesetze, insoweit sie Gegenstände beträfen, rücksichtlich deren das Bundesstrafgesetzbuch Nichts bestimme, namentlich die Vorschriften über Bestrafung von Personen, welche den Preßgesetzen 2c. 2c. zuwiderhandelten, in Kraft bleiben" sollten. — Der Entwurf ging daher — wie auch die Motiven lehren — im Art. II von der meines Erachtens ganz richtigen Ansicht aus, daß, da das Bundesstrafgesetzbuch *alles criminalrechtlich Strafbare* codificire und in diesem Sinne an Stelle der einzelnen Particularcodificationen trete, letztere ganz unbeschränkt aufzuheben wären. Als man diesen Weg wählte, geschah dies gewiß zugleich in der Absicht, den Richter der peinlichen Ver-

pflichtung zu entheben, in jedem einzelnen Falle untersuchen zu sollen, ob diese oder jene Particularbestimmung annoch neben dem DStGB. Gültigkeit habe; auch ging dabei ganz zweifellos das Absehen dahin, alle diejenigen Handlungen als straflos zu bezeichnen, die, mochten sie auch in den betreffenden Landesstrafgesetzbüchern behandelt worden sein, doch im DStGB. keine Stelle finden würden. Indem man übrigens hiernach für nöthig gehalten hatte, auszusprechen, daß die allgemeinen Strafgesetze durchaus aufgehoben seien, wurde doch gleichzeitig der Erwägung genügend Rechnung getragen, daß bisher mancher Particularstrafcodex einzelne Punkte mit behandelt hatte, die nicht rein materiell strafrechtlicher, vielmehr beispielsweise strafprozessualer oder administrativer Natur sind und denen daher an sich durch die rein materiell strafrechtlichen Vorschriften des DStGB.'s nicht derogirt worden sein würde; — wenigstens deuten hierauf die §§. 6 und 8 des Commissionsentwurfs hin, welche den Einzelstaaten den Weg zeigten, auf welchem sie jene prozessualen und administrativen Lücken ausfüllen sollten. Endlich gedachte aber der Entwurf augenfällig auch dessen, daß gewisse bez. dem Gegenstande des DStGB.'s verwandte Materien fast in allen Einzelstaaten in „besonderen" Strafgesetzen behandelt zu werden pflegen, denn nur hierauf bezog sich offenbar sein Art. III.

Dieser Entwurf fand auf Seiten des Bundesraths keine Billigung, vielmehr schmolz letzterer die Art. II und III in eine Bestimmung um, wie sie Abs. 1 und 2 des §. 2 des gegenwärtigen Einführungsgesetzes wiedergiebt. Welche Motiven den Bundesrath hierbei leiteten? habe ich in einer, jeden Zweifel beseitigenden Weise nicht zu erkunden vermocht. Am Wahrscheinlichsten ist es, daß demselben gegen die Aufhebung der Particularcodificationen in ihrer Totalität nur um deswillen Bedenken beigingen, weil durch eine solche Aufhebung in totum formell zugleich auch der Wegfall eben jener strafprozessualen und administrativen Bestimmungen decretirt worden wäre, für welche das DStGB. keinen Ersatz enthalten sollte und durfte.

Sollte dies in der That die Auffassung des Bundesraths

gewesen sein, so würde ich meinen, daß das Uebel, welches man vermeiden wollte, ein weit geringfügigeres gewesen sein würde, als dasjenige, welches man erst geschaffen hat; jenes würde unschwer an der Hand der vorstehend citirten §§. durch den, der betreffenden Bundesstaatsregierung obliegenden Erlaß eines bezüglichen Ergänzungsgesetzes wieder ausgeglichen worden sein — eines Gesetzes, über dessen Gegenstand und Umfang nicht so leicht erheblichere Zweifel entstehen konnten, da es sich bei seinem Erlasse nur darum handeln durfte, Vorschriften zu treffen, die dem Bundeswegen codificirten rein materiellen Strafrechte unbedingt fremd gewesen wären; dagegen schuf man mit jener veränderten Fassung für den Richter die schwere Aufgabe, in jedem einzelnen Straffalle die verschiedenen Vorschriften seines Particularcodex mit den einzelnen Vorschriften des DStGB.'s Behufs der Prüfung dessen zu vergleichen, ob und inwieweit jenen durch letztere derogirt worden sei. Denn darüber, daß lediglich der Richter es ist, welchem die Entscheidung des Zweifels zufällt, ob eine Particularbestimmung durch ein Bundesgesetz aufgehoben sei oder nicht? und darüber, daß ein solcher Zweifel insonderheit durch die Factoren der Particulargesetzgebung nicht gelöst werden könne, dürfte wohl kein Bedenken obwalten; läuft doch eine jede derartige Frage auf die Untersuchung dessen hinaus, wie weit die in der Bundesverfassung sanctionirte derogatorische Kraft eines Bundesgesetzes reiche? und zu deren Beantwortung kann, solange nicht die Bundesgesetzgebung selbst zu einer authentischen Interpretation sich herbeiläßt, nur in dem gerade fraglichen Falle der Richter verschreiten*).

Zudem wurde meines Erachtens durch jene Abänderung des Entwurfs noch der anderweite Uebelstand herbeigeführt, daß die Vorschrift, welche gegenwärtig den Abs. 2 des §. 2 bildet, im Hauptwerke alle Bedeutung verloren hat; sie hatte volle Berechtigung nur an der Stelle, welche sie im Entwurfe einnahm, da dieser den durch die gegenwärtige Fassung völlig verwischten

*) Vgl. auch Schwarze im Gerichtssaal Bd. XXII, S. 386, 387, und im Commentar zum DStGB. S. 40.

Gegensatz zwischen codificirten und besonderen Gesetzen zur Geltung brachte.

Wollte man etwa für die geschehene Abänderung des Entwurfs unter Bezugnahme darauf in die Schranken treten, daß auch das Gesetz, mit welchem seinerzeit das Preußische StGB. von 1851 eingeführt wurde, die Aufhebung aller früheren Preußischen Bestimmungen ausgesprochen habe, die „Materien beträfen, auf welche das neue StGB. sich beziehe" (vgl. Art. II des Pr. Gesetzes vom 14. April 1851), sowie daß die Ausführung dieser Vorschrift in der Preußischen Praxis auf besondere Schwierigkeiten nicht gestoßen sei: so würde zu repliciren sein, daß aus dem weiteren Inhalte jenes Preußischen Art. II erhellt, wie durch selbigen gleichzeitig alles bis dahin noch gültig gewesene codificirte Preußische Strafrecht ganz ausdrücklich außer Wirksamkeit gesetzt und hierdurch gerade ebenso wie durch Art. II und III des Entwurfs des DStGB.'s allen wesentlicheren Zweifeln über die fortdauernde Gültigkeit bisheriger Bestimmungen die Spitze abgebrochen wurde.

Auch der Reichstag hat, als er den §. 2 des Einführungsgesetzes in der durch den Bundesrath modificirten Fassung annahm, jene Consequenzen und namentlich die Schwierigkeit der dem Richter zugewiesenen Aufgabe sich vor Augen gestellt. Wenigstens wurde dort von einer Seite in treffender Weise eben hierauf hingedeutet und sogar anläßlich dessen ein dahin gehender Antrag gestellt, daß von den einzelnen Regierungen eine Zusammenstellung derjenigen Materien, welche nach deren Gutachten und nach der Meinung ihrer Juristen noch fürderhin gültig sein würden, abgefordert und hierdurch womöglich schon dem nächsten Reichstage Gelegenheit verschafft werden möchte, diese Ansichten zu prüfen und resp. durch den Erlaß eines declaratorischen Gesetzes zu sanctioniren, ein Antrag, dessen Berücksichtigung auch Seiten des Bundeskanzlers ausdrücklich zugesagt wurde (vergl. Stenogr. Berichte Bd. II. S. 1177, 1178). Bis zur Verwirklichung dieser Idee wird jedoch immerhin ausschließlich dem Richter die Erfüllung jener verantwortlichen und schwierigen Verpflichtung obliegen.

Aber wie, fragt man, soll denn der Richter verfahren, um bei Lösung dieser Aufgabe durch jene Ausdrucksweise des §. 2 nicht allzusehr beengt zu werden? Ich meine, er wird nur dann über die wesentlichsten Schwierigkeiten sich hinweghelfen, dafern er wenigstens im Allgemeinen davon ausgeht, der ursprüngliche Entwurf sei nur aus dem von mir vorstehend supponirten Motive, also lediglich um deswillen abgeändert worden, um nicht diejenigen in den Particularcodificationen enthaltenen Bestimmungen, welche streng genommen dem rein materiellen Strafrechte gar nicht angehören, formell mit außer Wirksamkeit zu setzen; — derselbe dürfte bei einer derartigen Auffassung mindestens die einigermaßen festere Grundlage gewinnen, daß §. 2 des Einführungsgesetzes den Strafcodex von 1868 präsumtiv nur in allen denjenigen Punkten nicht aufheben wollte, welche an sich gar nicht als integrirende Bestandtheile eines neu zu codificirenden allgemeinen materiellen Strafrechts angesehen werden können; er wird dann auch vor allen den Ausdruck „Materie" im weitesten Sinne auffassen dürfen. Auch wird der Richter sich hierzu meines Bedünkens umsomehr aufgefordert fühlen, dafern er sich vergegenwärtigt, daß eben die Rechtseinheit und nur diese der Zielpunkt war, welchen man wenigstens in erster Linie bei Schaffung eines allgemeinen Strafcodex im Auge hatte. Es ist dies auch auf dem Reichstage von maßgebender Stelle aus betont worden, indem unter Anderm darauf hingewiesen wurde, daß man an das vorgelegte Gesetzgebungswerk „nicht allein mit juristischem, sondern vorzugsweise mit politischem Sinne treten solle" (Stenogr. Berichte Bd. I. S. 41 flg.). Und in der That, die einzelnen Bundesstaaten nehmen zugleich mit dem DStGB. so manches minder Gute mit in den Kauf, daß ein Trost hierüber insonderheit nur in jener Rechtseinheit gesucht werden muß, die, einmal angebahnt, mit Sorgfalt ausgebaut und gehütet werden muß, soll sie nicht ins Gegentheil — in die ärgste Rechtszerreißung — umschlagen.

Von diesem Standpunkte aus bitte ich die nachstehenden Zeilen zu beurtheilen, in denen ich den Versuch machen will, das ganze RStGB. behufs der Beantwortung der Frage, welchen ein=

zelnen Bestimmungen desselben durch das DStGB. derogirt worden ist, einer Prüfung zu unterwerfen. Ich werde dabei folgenden Weg einschlagen. Zunächst werde ich sub A. bis I. die allgemeinen Grundsätze darlegen, die mir für die meisten einschläglichen Fragen maaßgebend zu sein scheinen. Dieser Darlegung wird sich die Tabelle sub ⊙ anschließen, deren zweite Columne die sämmtlichen Artikel des RStGB.'s der Reihe nach aufzählt; die erste Columne vervollständigt diese Serie durch Aufzeichnung derjenigen Artikel des Alten StGB.'s, welche zwar durch das RStGB. aufgehoben wurden, jedoch durch das DStGB. wiederum aufzuleben scheinen; — die dritte Columne führt die den Sächsischen Artikeln correspondirenden §§. des DStGB.'s auf; — in der vierten und fünften Columne werde ich denjenigen der vorgedachten allgemeinen Grundsätze markiren, nach welchem ich den betreffenden Artikel des RStGB.'s resp. durch die in der dritten Columne verzeichneten Vorschriften ganz zweifellos für aufgehoben (vierte Columne), oder ganz zweifellos für nicht aufgehoben (fünfte Columne) erachten zu sollen glaube; — dagegen soll die sechste Columne die Fälle aufnehmen, in denen mir die Frage über die Aufhebung oder Nichtaufhebung des betreffenden Artikels des RStGB.'s, sowie beziehentlich die Frage über Wiederauflebung der bezüglichen Vorschrift des Alten StGB.'s annoch eine speciellere Begutachtung zu erfordern scheint und entsprechen die in dieser Columne eingetragenen Ziffern denjenigen Nummern, unter denen ich weiter unten diese speciellen Begutachtungen folgen lassen werde. Zudem werde ich dieser Tabelle noch eine zweite (sub ☽) anreihen, in deren erster Columne die §§. des DStGB.'s ihrer Reihenfolge nach verzeichnet stehen, während die zweite Columne die entsprechenden §§. des Entwurfs des letzteren, die vierte Columne die den §§. der ersten Columne entsprechenden Artikel des Sächs. RStGB.'s und die dritte Columne diejenigen §§. des Preußischen Gesetzes vom 14. April 1851 enthält, denen jene entlehnt oder verwandt sind. Erst hierdurch dürfte die erste Tabelle an praktischem Interesse gewinnen.

A.

Soweit einmal das DStGB. eine „Materie" behandelt, ist davon, daß dasselbe dies in völlig erschöpfender Weise thun wollte, auszugehen; es liegt dies schon in dem Charakter eines codificirten Gesetzes.

B.

Den Bundesgesetzgebungsfactoren waren alle hauptsächlicheren, in den codificirten Gesetzen der Einzelstaaten enthaltenen Vorschriften bekannt, wie insbesondere daraus entnommen werden muß, daß den Motiven zum Entwurfe eine vergleichende Zusammenstellung dieser Vorschriften beigefügt war. Im Hinblick hierauf, sowie in Erwägung, daß das Absehen des Reichstags auf Codificirung alles criminalrechtlich Strafbaren gerichtet gewesen sein dürfte, hat man, soweit das DStGB. über den Inhalt einer jener Vorschriften mit Stillschweigen hinweggeht, aus diesem Schweigen die Absicht, die betreffende Handlung straflos zu lassen, wenigstens dann zu folgern, sobald die Motiven oder die Reichstagsverhandlungen eine hierauf hinweisende Andeutung enthalten.

C.

Man gab den einzelnen §§. des DStGB.'s weder Ueberschriften, noch Marginalien; man sah hiervon in der Befürchtung hieraus entstehender Interpretationszweifel ab. Desto mehr wird der Richter berechtigt sein, die Ueberschriften, welche die einzelnen Abschnitte des DStGB.'s tragen, bei Beantwortung der Frage, welche „Materien" darin behandelt werden, mit in Betracht zu ziehen. Indessen wird er sich freilich hüten müssen, hierin zu weit zu gehen, da einzelne Ueberschriften zu vag sind, um daraus auf eine streng abgegrenzte „Materie" schließen zu können; er wird daher in einer Ueberschrift nur dann ein untrügliches Directiv erblicken dürfen, dafern die bezügliche Bezeichnung nach allgemeinem Sprachgebrauche überall die nämliche technische Bedeutung hat.

D.

Ganz vornämlich hat man nicht blos jeden einzelnen Abschnitt des allgemeinen Theils des DStGB.'s für sich, son-

dern auch letzteren selbst (einschließlich seiner „einleitenden Bestimmungen") in seiner Totalität als eine „Materie" anzusehen; derselbe soll das ganze Strafrecht beherrschen. Soweit es sich dabei um das Herrschaftsgebiet des DStGB.'s nach Personen und Raum, um die Strafen, deren Vollziehung, deren Geltungsverhältniß u. s. w. handelt, versteht sich Solches ohnehin von selbst. Aber auch betreffs aller übrigen im allgemeinen Theile behandelten Fragen muß dies gelten. Wollte man Grundsätze, die eine Landesgesetzgebung nach dieser Richtung enthält, nebenbei als zu Recht bestehend anerkennen, so würde man a priori alle Rechtseinheit aufheben. Hier handelt es sich um eine Partie des Strafrechts, welche wissenschaftlich ziemlich scharf abgegrenzt und durchgearbeitet ist; hier liegt in einem Schweigen des DStGB.'s ganz zweifellos ein Beleg dafür, daß nur das von ihm Gegebene Gesetzeskraft haben soll.

Daß es gleichwohl dem Richter unverwehrt bleiben wird, nach Befinden gerade die in dieser Partie weit erschöpfenderen Bestimmungen des RStGB.'s als wissenschaftlichen Apparat für die Interpretation mit zu benutzen und dadurch einer Detailausarbeitung der weit allgemeiner und dürftiger gehaltenen Sätze des DStGB.'s sich zu unterziehen, versteht sich indessen von selbst. Er wird sogar gut thun, sich dieser wissenschaftlichen Forschung nicht zu entschlagen; er wird manche Bestimmung des RStGB.'s finden, die nach dieser Richtung hin verwerthbar bleibt. So mag nur beispielsweise hervorgehoben werden, daß, wennschon das DStGB. nicht, wie dies im Art. 1 des RStGB.'s geschieht, den Handlungen die Unterlassungen ausdrücklich gleichstellt, diese Gleichstellung doch im Allgemeinen auch dem DStGB. gegenüber zulässig sein wird; — daß dasjenige, was die Art. 37, 38, 45, 46, 49 des RStGB.'s aussprechen, jedenfalls auch mit dem System des DStGB.'s nicht in Widerspruch stehen dürfte, ja in letzterem muthmaßlich nur um deswillen keine Aufnahme fand, weil man es als etwas Selbstverständliches ansah; — daß in dem Schweigen des DStGB.'s über die Controverse, welche Abs. 2 des Art. 47 des RStGB.'s entscheidet, nicht ohne Weiteres eine Mißbilligung dieser Entscheidung liegen soll; — daß

aus dem Hinweggehen des DStGB.'s darüber, ob ein strafbarer Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichem Objecte denkbar sei, nicht ohne Weiteres die Folgerung gezogen werden kann, dasselbe habe die hierauf bezüglichen, in Art. 42, 43 des RStGB.'s zum Ausdruck gebrachten Grundsätze gemißbilligt; — daß, wenn auch der Unterschied zwischen beendigtem und nicht beendigtem Versuche (Art. 40 des RStGB.'s) im DStGB. keinen gesetzlichen Ausdruck fand, derselbe doch nicht alle wissenschaftliche und praktische Bedeutung verloren haben dürfte, indem derselbe vielmehr stillschweigend auch vom DStGB. (z. B. im §. 46, sub a und b) anerkannt worden ist; — daß die Bestimmung des Art. 52 des RStGB.'s lediglich den in §. 47 des DStGB.'s implicite enthaltenen Satz näher präcisirt, wie für den Exceß des einen der Complottanten der Mitthäter insoweit nicht haftbar werde, als Jener eine der gemeinschaftlichen Absicht und mithin auch der gemeinschaftlichen Ausführung ganz fremde Willensrichtung verfolgt hatte; — daß jedenfalls die dem Art. 112 des RStGB.'s zu Grunde liegende Auffassung Behufs der Erläuterung des Abs. 4 des §. 67 des DStGB.'s verwendbar bleibt u. s. w. — Nur muß hierbei allenthalben der Richter schlechterdings sich bewußt bleiben, daß alle derartige Momente von ihm ausschließlich als Anknüpfungspunkte für seine dadurch ganz ungebundene eigene Interpretation benutzt werden können und daß er daher keinem derselben eine höhere Bedeutung beilegen dürfe, als etwa einem Ausspruche, der von einer schriftstellerischen Autorität ausging.

Gleichergestalt wird es selbstverständlich nicht ausgeschlossen sein, daß manche der in dem allgemeinen Theile des RStGB.'s enthaltenen, auf die Strafabmessung bezüglichen Vorschriften, wennschon sie im DStGB. keinen Platz fanden, doch von dem Richter bei Bemessung der Strafe innerhalb des Strafmaßes als ein schätzbarer Fingerzeig angesehen werden. So werden für ihn beispielsweise die in Art. 73—76, 80 des RStGB.'s zum Ausdruck gebrachten Gesichtspunkte, beziehentlich der von ihm zu beantwortenden Frage gegenüber, ob ein Delict unter mildernden Umständen begangen worden sei, keineswegs allen

Werth verlieren. Selbst den allgemeinen Grundsätzen des RStGB.'s über den Rückfall (Art. 82 flg.) wird sich nicht schon um deswillen, weil sie durch das DStGB. gesetzliche Geltung verloren haben, alle Bedeutung absprechen lassen, da es jedenfalls keinen Widerspruch involvirt, wenn man neben dem Satze, daß nur betreffs gewisser Delicte (§. 244, 250 [5], 261, 264 des DStGB.'s) ein Rückfall zu statuiren sei, die Richtigkeit dessen anerkennt, daß innerhalb des Strafmaßes überhaupt darauf Rücksicht zu nehmen sei, ob der Angeschuldigte bisher ganz unbescholten oder schon durch Strafe gewarnt war. — Aehnliches wird auch beispielsweise von Fällen zu gelten haben, welche die Art. 88, 96, 97 des RStGB.'s im Auge hatten; hat auch das DStGB. eine verminderte Zurechnungsfähigkeit nicht statuirt und als gesetzlichen Strafmilderungsgrund nicht anerkannt, so werden doch Zustände, wie sie die allegirten Artikel voraussetzen, für eine milde Beurtheilung innerhalb des Strafmaßes zweifellos von Bedeutung bleiben.

E.

Soviel die einzelnen Verbrechen und Vergehen betrifft, so ist den hierauf bezüglichen Vorschriften des RStGB.'s dann derogirt, dafern der Thatbestand der nämlichen strafbaren Handlung im DStGB. festgestellt wurde, mag er enger oder weiter gefaßt worden sein, als in jenem. Entscheidend ist hierbei nur, ob der nämliche Delictsbegriff behandelt ist. Ob einzelne Kriterien weggelassen oder hinzugefügt worden sind, sowie die Form, in der die Handlung begangen wurde, ist hierbei einflußlos.

F.

Durch Aufnahme des allgemeinen Thatbestandes eines Verbrechens oder Vergehens in das DStGB. sind zugleich alle Unterarten dieses Delicts, die vielleicht das RStGB., nicht aber das DStGB. kennt, gedeckt und ist daher insonderheit auch davon auszugehen, daß etwaige, nur dem RStGB. bekannte specielle Qualificationsmomente gesetzliche Bedeutung nicht mehr beanspruchen können. Das Nämliche gilt von etwaigen speciellen

Strafausschließungs- oder Strafmilderungsgründen, vielmehr beschränkt sich deren Zahl auf diejenigen, die das DStGB. bei dem betreffenden Delicte als solche bezeichnet. Auch bedarf es wohl kaum der Erwähnung, daß Fragen, wie die: ob bezüglich einer That besondere Grundsätze über Versuch und Vollendung anzuwenden seien? welche specielle Straffolgen dieselbe nach sich ziehe? ob ein Antragsdelict vorliege? u. s. w. ausschließlich in Gemäßheit des DStGB.'s beantwortet werden dürfen.

Dagegen versteht es sich von selbst, daß auch hier diese derogatorische Kraft nicht weiter reichen kann, als daß die bezüglichen Particularvorschriften ihre *gesetzliche* Gültigkeit einbüßen. Es wird daher dem Richter unter Anderem das Befugniß nicht verkümmert sein, bei *Abmessung* der in dem DStGB. angedrohten Strafen und beziehentlich bei der Entscheidung über das Vorliegen mildernder Umstände an diejenigen Grundsätze sich anzulehnen, denen das RStGB. bei Statuirung gewisser, vom DStGB. nicht recipirter specieller Strafabmessungs- (Art. 258, 298), Qualifications- (Art. 285, 278^{5}), Erschwerungs- (Art. 159^{1}, 171, 222, 277), Ausschließungs- und Milderungsgründe (Art. 154, 159^{2}, 172, 176, 184, 261^{2}, 271, 296, 298) u. s. w. Ausdruck gegeben hat.

G.

Insoweit es bisher in Sachsen *besondere* Gesetze gab, in denen man von dem allgemeinen Thatbestande eines Delicts bereits einen *speciellen* Thatbestand ausgesondert, selbigen mit besonderen Strafen bedroht und dadurch gleichzeitig ausgesprochen hatte, es solle dieser specielle Thatbestand nicht nach dem allgemeinen Strafcodex (RStGB.) beurtheilt werden (jus singulare), kommt es darauf an, ob Gründe zu der Annahme vorliegen, daß das DStGB. einen solchen besonderen Thatbestand habe beseitigen und der allgemeinen Regel wieder habe unterwerfen wollen. Verneinendenfalls ist ein solches besonderes Sächsisches Gesetz als fortbestehend anzusehen. Beispiele dieser Art führt Abs. 2 des §. 2 auf.

H.

In dem Abschnitte „Uebertretungen“ sind lediglich einzelne besondere Handlungen mit Strafe bedroht, die nicht etwa in ihrer Gesammtheit eine „Materie“ repräsentiren; ihr Begriff ist durch die Wissenschaft gar nicht gegenständlich festgestellt. Es kann hier nicht gesagt werden, der Kreis dieser Handlungen sei geschlossen; die daneben bestehenden verwandten landesgesetzlichen Bestimmungen bleiben in Kraft. Auch werden die Regierungen der Einzelstaaten völlig unbehindert sein, die desfallsigen Vorschriften des DStGB.'s durch neue, selbst ganz nahe verwandte Bestimmungen zu ergänzen; nur in Widerspruch zu dem DStGB. dürfen letztere nicht treten. Dieses selbst enthält sogar einige ganz unzweideutige Aufforderungen an die Landesgesetzgebungen, hierunter ergänzend einzuschreiten, indem es die Strafbarkeit einzelner Uebertretungen von dem Bestehen gewisser landesgesetzlicher Bestimmungen abhängig macht (vgl. z. B. §§. 360 [9], 366 [10], 367 [2.9], 368 [1]).

I.

Insoweit das RStGB. einzelne Bestimmungen enthält, die nicht sowohl eine selbstständige „Materie“ umfassen, als vielmehr nur dazu dienen sollten, die Ausführung und Vollziehung gewisser eine solche Materie betreffender Vorschriften zu regeln, sind jene nur in dem Umfange als aufgehoben zu betrachten, als sie mit dem DStGB. und dessen Systeme in Widerspruch treten. Insbesondere werden manche Anordnungen des RStGB.'s, die einen prozessualen oder administrativen oder selbst nur reglementären Charakter haben, als fortbestehend zu erachten sein. Freilich ist hierbei vorauszusetzen, daß sie von dem rein materiellen Rechte, mit dem vereint sie behandelt worden sind, genügend sich loslösen lassen; wo dies nicht thunlich ist, stellen sie sich als ein Beiwerk des letzteren dar, welches gleichzeitig mit diesem gesetzliche Gültigkeit verloren hat, und nach Befinden nur noch dazu dienen kann, die Interpretation der betreffenden materiell rechtlichen Bestimmung zu unterstützen.

1.	2.	3.	4.	5.	6.
Sächs. StGB. 1855.*	Sächs. Rev. StGB. 1868.	Deutsch. StGB.	aufgehoben	nicht aufgehoben	Gutachten
—	1		D.	—	—
—	2				
—	3				
—	4				
—	5				
—	6	3—8.	—	—	1.
—	7				
—	8				
—	9				
10	—	13.	—	—	2.
—	11	14.15.	D.	—	—
—	15		D.	—	—
—	17	16.	—	—	3.
—	19		D.	—	—
—	20		—	J*	—
—	21		—	J*	—
—	22	16.	—	J*	—
—	23		—	—	4.
—	25		D.	—	—
—	26		D.	—	—
—	27		D.	—	—
—	28	28.	D**	—	—
—	29		D.	—	—
—	30	60.	D.	—	—
—	31¹	57 sub 4.	D.	—	—
—	31²		—	J***	—
—	32	14.16.19.	D.	—	—
—	33	$44^4.49^2.257^3$.	D.	—	—
—	34	$44^4.49^2.57^3.257^3$.	D.	—	—
—	35	21.	D.	—	—
—	36	31.32.	D.	—	—
—	37		D.	—	—
—	38		D.	—	—
—	39	43.	D.	—	—
—	40		D.	—	—
—	41	44.	D.	—	—
—	42		D.	—	—
—	43		D.	—	—
—	44	46.	D.	—	—
—	45		D.	—	—
—	46		D.	—	—
—	47		D.	—	—
—	48		D.	—	—
—	49		D.	—	—
—	50	47.	D.	—	—
—	51	47.50.	D.	—	—
—	52		D.	—	—
—	53	49.	D.	—	—
—	54		D.	—	—
—	55	49.50.	D.	—	—
—	56	49.50.	D.	—	—
—	57		—	—	5.
—	58		—	—	5.
—	59		—	—	5.
—	60		—	—	6.
—	61	257.258.	D.E.	—	—
—	62	48.	D.	—	—
—	63	48.	D.	—	—
—	64	48.	D.	—	—
—	65	50.	D.	—	—
—	66		D.	—	—
—	67		D.	—	—
—	68		D.	—	—
—	69		D.	—	—
—	70	139.	D.E.	—	—
—	71		D.	—	—
—	72	257.258.	D.E.	—	—
—	73		D.	—	—
—	74		D.	—	—
—	75		D.	—	—
—	76		D.	—	—
—	77	73.	D.	—	—
—	78	74—78.	D.	—	—
—	79	79.	D.	—	—
—	80		D.	—	—
—	81	74.	D.	—	—
—	82		D.	—	—
—	83		D.	—	—
—	84		D.	—	—
—	85		D.	—	—
—	86		D.	—	—
—	87	51.55.56.58.	D.	—	—
—	88		D.	—	—
—	89		—	—	7.
—	90	56.57.	D.	—	—
—	91	53.	D.	—	—

*) Vergl. auch §§. 7, 8 der Verordnung vom 19. December 1870.

**) Ein bezüglich dieses Punkts übrigbleibender Zweifel wird in einem nächstens folgenden, die §§. 27 des StGB's. behandelnden besonderen Aufsatze besprochen werden.

***) Vergl. auch §. 14 der Verordnung vom 19. December 1870.

1. Sächs. StGB. 1855.	2. Sächs. Rev. StGB. 1868.	3. Deutsch. StGB.	4. aufgehoben	5. nicht aufgehoben	6. Gutachten
—	92	54.	D.	—	—
—	93	52.	D.	—	—
—	94		—	—	8.
—	95	59.	D.	—	—
—	96		D.	—	—
—	97		D.	—	—
—	98	61.65.	D.	—	—
—	99	65.	D.	—	—
—	100	65.	D.	—	—
—	101		D.	—	—
—	102		D.	—	—
—	103	63.	D.	—	—
—	104		—	—	9.
—	105		—	J.	—
—	106	64.176.177.194.	—	—	10.
—	107		—	—	11.
—	108		D.	—	—
—	109	66.67.70.	D.	—	—
—	110	67.	D.	—	—
—	111	61.67.	D.	—	—
—	112		D.	—	—
—	113	67.	D.	—	—
—	114	68.69.	D.	—	—
—	115	70—72.	D.	—	—
—	116	81.82.	E.	—	—
—	117	83—85.	E.F.	—	—
—	118	86.	E.	—	—
—	119		F.	—	—
—	120	81—86.	E.	—	—
—	121			—	—
—	122	87—90.92.	E.	—	—
—	123			—	—
—	124	91.102.	E.	—	—
—	125	110.	E.	—	—
—	126	110.111.	E.	—	—
—	127		—	—	12.
—	128	131.	E.	—	—
—	129	129.	E.	—	—
—	130		—	—	13.
—	131	142.143.	E.	—	—
—	132	94.	E.	—	—
—	133		—	—	14.
—	134	95.	E.	—	—
—	135	96.	E.	—	—
—	136		—	—	14.
—	137	97.	E.	—	—
—	138		—	J.	—
—	139	98.100.103.104.	E.	—	—
—	140		—	—	14.
—	141	99.101.103.104.	E.	—	—
—	142	113.117.	E.	—	—
—	143		—	—	15.
—	144	113.	E.F.	—	—
—	146	134.136.	E.	—	—
—	147	116.	E.	—	—
—	148	125.	E.	—	—
—	149	115.	E.	—	—
—	150	115.	E.F.	—	—
—	151	123.124.	E.	—	—
—	152	120.121.347.	E.	—	—
—	153	122.	E.	—	—
—	154	122.	E.	—	—
—	154b		—	—	16.
—	155	211.	E.	—	—
—	156	212.213.	E.	—	—
—	157	216.	E.	—	—
—	158		—	—	17.
—	159	217.	E.F	—	—
—	160	218.219.	E.	—	—
—	161	220.	E.	—	—
—	162		—	—	18.
—	163	221.	E.	—	—
—	165	222.	E.	—	—
—	166	223.	E.	—	—
—	167	223.224.	E.	—	—
—	168	224.	E.	—	—
—	169	225.229.	E.	—	—
—	170	226.	E.	—	—
—	171	223^2.228^2.	F.	—	—
—	172		F.	—	—
—	173	227.	E.	—	—
—	174	232.	F.	—	—
—	175	230.232.	E.	—	—
—	176		F.	—	—
—	177	249—251.	E.F.	—	—
—	178	255.	E.	—	—
—	179	43.	F.D.	—	—
—	180	177.	E.	—	—
—	181	176.	E.	—	—
—	182	176.	E.	—	—
—	183	176.	E.	—	—
—	184		F.	—	—
—	185	178.	F.	—	—
—	186		F.	—	—

1. Sächs. StGB. 1855.	2. Sächs. Rev. StGB. 1868.	3. Deutsch. StGB.	4. aufgehoben	5. nicht aufgehoben	6. Gutachten	1. Sächs. StGB. 1855.	2. Sächs. Rev. StGB. 1868.	3. Deutsch. StGB.	4. aufgehoben	5. nicht aufgehoben	6. Gutachten
—	186	—	F.	—	—	—	233	167.	E.	—	—
—	187	236.	E.	—	—	—	234	166.167.	E.	—	—
—	188	237.	E.	—	—	—	235	187.	E.	—	—
—	189	237.	E.	—	—	—	236	164.	F.E.	—	—
—	190	—	F.	—	—	—	237	186.	E.	—	—
—	191	236.	E.	—	—	—	238	192.193.	F.	—	—
—	192	237.	E.	—	—	—	239	185.186.	E.	—	—
—	193	236–238.	F.	—	—	—	240	192.193.	F.	—	—
—	194	234.235.	E.F.	—	—	—	241	186–188.	F.	—	—
—	195	—	—	—	19.	—	241b	—	F.	—	—
—	196	235.	E.F.	—	—	—	242	—	F.	—	—
—	197	239.	E.	—	—	—	243	199.233.	F.	—	—
—	198	341.	E.	—	—	—	244	—	—	—	23.
—	199	223.239.	E.F.	—	—	—	245	200.	F.	—	—
—	200	239.	E.F.	—	—	—	246	189.194–197.	F.	—	—
—	201	240.	E.	—	—	—	247	—	—	—	24.
—	202	339.	E.	—	—	—	248	201.202.	E.	—	—
—	203	106.107.114.	E.	—	—	—	249	204.	F.	—	—
—	204	126.240.254.	E.F.	—	—	—	250	205.206.	E.	—	—
—	205	—	—	—	20.	—	251	208.	F.	—	—
—	206	241.126.	E.	—	—	—	252	207.	F.	—	—
—	207	241.126.	F.	—	—	—	253	209.	F.	—	—
—	208	308.	E.	—	—	—	254	203.204.209.	F.	—	—
—	209	306.307.	E.F.	—	—	—	255	210.	E.	—	—
—	210	308.	E.	—	—	—	256	210.	E.	—	—
—	211	—	F.	—	—	—	257	210.	E.	—	—
—	212	303.309.	E.F.	—	—	—	258	—	F.	—	—
—	213	310.	F.	—	—	—	259	172.	E.	—	—
—	214	311.	E.	—	—	—	260	172.	E.	—	—
—	215	324.	E.	—	—	—	261	172.	F.	—	—
—	216	312.321.	E.	—	—	—	262	172.	E.	—	—
—	217	312.313.321.324.	E.F.	—	—	—	263	172.	F.	—	—
—	218	—	—	—	21.	—	264	172.	F.	—	—
—	219	303.328.	E.	—	—	—	265				
—	220	309.311.314.326.	E.	—	—	—	266	—	—	—	25.
—	221	153–155.	E.F.	—	—	—	267				
—	222	—	F.	—	—	—	268	171.	E.	—	—
—	223	154.	F.	—	—	—	269	171.	E.F.	—	—
—	224	43.	F.	—	—	—	270	171.	E.F.	—	—
—	225	157.	F.	—	—	—	271	—	F.	—	—
—	226	161.	F.	—	—	—	272	242.	E.	—	—
—	227	163.	E.	—	—	—	273	—	F.	—	—
—	228	155.156.	E.	—	—	—	274	—	—	—	26.
—	229	—	—	—	22.	—	275	—	—	—	27.
—	230	157.	F.	—	—	—	276	242.	E.	—	—
—	231	158.	F.	—	—	—	277	243[1].	F.	—	—
—	232	166.	E.	—	—	—	278	243.	F.	—	—

1. Sächs. StGB. 1855.	2. Sächs. Rev. StGB. 1868.	3. Deutsch. StGB.	4. aufgehoben	5. nicht aufgehoben	6. Gutachten
—	280	214.243^{5}.252.	E.F.	—	—
—	281	—	—	—	28.
—	282	253.	E.	—	—
—	283	253.339.	E.F.	—	—
—	284	263.266.	E.	—	—
—	285	263.349.268.	E.F.	—	—
—	286	263.	E.	—	—
—	287	246.266.	E.	—	—
—	288	—	—	—	29.
—	289	246.266.350.	F.	—	—
—	290	246.	E.	—	—
—	291	—	—	—	30.
—	292	259.	E.	—	—
—	293	260.	E.	—	—
—	294	48.260.	D.E.	—	—
—	295	—	—	—	31.
—	296	—	F.	—	—
—	297	—	F.	—	—
—	298	—	F.	—	—
—	299	74.	D.	—	—
—	300	244.250^{5}.264.	F.D.	—	—
—	301	44.	F.D.	—	—
—	302	247.	F.	—	—
—	303	370^{5}.	F.	—	—
—	304				
—	305				
—	306				
—	307	—	—	—	32.
—	308				
—	309				
—	310	137.288.	E.	—	—
—	311	267.269.270.274.			
—		275^{4,5}.360.	E.	—	—
—	312	287.	E.	—	—
—	313	363.	E.	—	—
—	314	169.	E.	—	—
—	315	301.302.	E.	—	—
—	316	—	—	—	33.
—	317	170.	E.	—	—
—	318	179.182.	E.	—	—
—	319	—	—	—	34.
—	320	146.	E.	—	—
—	321	146.	E.F.	—	—
—	322	146.	E.	—	—

1. Sächs. StGB. 1855.	2. Sächs. Rev. StGB. 1868.	3. Deutsch. StGB.	4. aufgehoben	5. nicht aufgehoben	6. Gutachten
—	323	151.	E.F.	—	—
—	324	147.	E.	—	—
—	325	263.360^{6}.	E.	—	—
—	326	150.	E.	—	—
—	327	148.	E.	—	—
—	328	—	F.	—	—
—	329	149.	E.	—	—
—	330	—	—	—	35
—	331	168.367^{1}.	E.	—	—
—	332	274^{2}.370^{1}.	E.	—	—
—	333	135.274^{2}.	E.	—	—
—	334	370^{2}.	E.	—	—
—	335	303.	E.	—	—
—	336	304.305.	E.	—	—
—	337	—	—	J.	—
—	338	187.188.	E.	—	—
—	339	—	—	—	36
—	349	173.	E.	—	—
—	350	173.	E.	—	—
—	351	173.	E.	—	—
—	352	174.	E.	—	—
—	353	176.178.	E.F.	—	—
354	—	—	—	—	37
355	—	—	—	—	37
—	356	180.181.	E.	—	—
—	357	175.	E.	—	—
—	358	—	F.	—	—
360	—	—	—	—	37
361	—	—	—	—	37
—	362	336.339. fg.	E.	—	—
—	363	331.	E.	—	—
—	364	332.334.	E.	—	—
—	365	332.334.336.	F.	—	—
—	366	332.334.336.	E.	—	—
—	367	333.	E.	—	—
—	368	109.	E.	—	—
—	369	335.	F.	—	—
—	370	—	—	J.	—
—	371	—	—	—	38
—	372	—	—	—	39
—	373	299.354.	E.F.	—	—
—	374	—	—	—	40
—	375	—	—	J.	—
—					

D

1.	2.	3.	4.	1.	2.	3.	4.
Deutsch. StGB.	Entwurf.	Preuß. StGB.	Sächs. Rev. StGB.	Deutsch. StGB.	Entwurf.	Preuß. StGB.	Sächs. Rev. StGB.
1	1	1.333.	—	47	45		50.
2	2	2.	—	48	46	34.35.	62.63.64.
3	3	3.	2.3.	49	47	34.35.	53.54.55.
4	4	4.	5.6.8.	50	48	—	51.55.56.65.
5	5	4.	9.	51	49	40.	87.
6	6	4.	—	52	50	40.	93.
7	7	—	9.	53	51	41.	91.97.
8	8	—	—	54	52	—	92.
9	9	—	—	55	53	42.	89.
10	10	5.	—	56	54	42.	—
11	—	—	—	57	55	43.	90.31.
12	—	—	—	58	56	—	87.
13	11	7.	—a)	59	57	44.	95.
14	12	10.	32.	60	58	—	30.
15	13	11.	11.	61	59	50.	98.111.
16	14	14.	17.22.32.	62	60	51.	—
17	15	13.	—	63	61	52.	103.
18	16	334.	—	64	62	53.	106.
19	17	15.	32.	65	63	54.	98.99.100.
20	—	—	—	66	64	45.	109.
21	18	16.	35.	67	65	46.339.	110.111.113.
22	19	—		68	66	47.48.	114.
23	20	—		69	67	—	114.
24	21	—		70	68	—	115.
25	22.23	—		71	69	—	—
26	23	—		72	70	—	115.
27	24	17.335.		73	71	55.337.	77.
28	25	17.335.	28.	74	72		
29	26	17.335.		75	73		
30	27	20.	—	76	74		
31	28	11.12.	36.	77	75	56.57.338	78.79.81.
32	29			78	76		
33	30	12.21.22.		79	77		
34	31	25.	—	80	78	61.	—
35	32			81	78.79	61.	116.120.
36	33			82	80	62.	116.120.
37	35	24.	—	83	81	63.	
38	36	26.	—	84	82	64.	117.
39	37	27.29.	—	85	83	65.	
40	38	19.	—	86	84	66.	118.
41	39		—	87	85	67.	
42	40	—	—	88	86	68.	
43	41	31.33.	39.	89	87	69.	121—123.
44	42	32.	41.	90	88	69.	
45	43	—	—	91	89	70.	124.
46	44	31.	42.44.	92	90	71.	122.

a) Art. 10 des Sächs. StGB. von 1855.

1. Deutsch. StGB.	2. Entwurf.	3. Preuß. StGB.	4. Sächs. Rev. StGB.	1. Deutsch. StGB.	2. Entwurf.	3. Preuß. StGB.	4. Sächs. Rev. StGB.
93	91	73.	—	140	138	110.	—
94	92	74.	132.	141	139	111.	—
95	93	75.	134.	142	141	113.	131.
96	94	76.	135.	143	142	113.	131.
97	95	77.	137.	144	143	114.	—
98	96	—	139.	145	144	—	—
99	97	—	141.	146	145	121.	320.322.
100	98	—	139.	147	146	122.	324.
101	99	—	141.	148	147	123.	327.
102	100	78.81.	124.	149	148	124.	329.
103	101	79.81.	139.141.	150	149	243[3.4].	326.
104	102	80.81.	139.141.	151	150	—	323.
105	103	82.	—	152	—	—	—
106	104	83.	203.	153	151	125.	221.
107	105	84.	203.	154	152	126.127.	221.223.
108	106	85.	—	155	153	128.	221.228.
109	107	86.	368.	156	154	129.	228.
110	108	87.	125.126.	157	155	—	225.230.
111	109	36.	126.	158	156	—	231.
112	110	88.	66.	159	157	130.	—
113	111	89.	142.144.	160	—	—	—
114	112	90.	203.	161	158	129.130.	226.
115	113	91.	149.150.	162	159	131.	—
116	114	92.	147.	163	160	132.	227.
117	115	—b)	142.	164	161	133.	236.
118	116	—	—	165	162	134.	—
119	117	—	—	166	163	135.	232.234.
120	118	94.	152.	167	164	136.	233.234.
121	119	95.	152.	168	166	137.	331.
122	120	96.	153.154.	169	167	138.	314.
123	121	346[1].	151.	170	168	—	317.
124	122	214.	—	171	169	139.	268—270.
125	123	284.	148.	172	170	140.	259—264.
126	124	213.	204.206.207.	173	171	141.	349—351.
127	125	97.	—	174	172	142.	352.
128	126	98.	—	175	173	143.	357.
129	127	99.	129.	176	174	144.	181—183.353
130	128	100.	—	177	175	144.	180.
131	129	101.	128.	178	176	144.	185.353.
132	130	104.	—	179	177	145.	318.
133	131	106.	—	180	178	147.	356.
134	132	107.	146.	181	179	148.	356.
135	133	93.	333.	182	180	149.	318.
136	134	108.	146.	183	181	150.	—c)
137	135	272.	310.	184	182	151.	—c)
138	136	109.	—	185	183	152.343.	239.
139	137	39.	70.	186	184	156.	237.239.241.

b) Vergl. Preuß. Gesetz vom 31. März 1837.
c) Art. 355 des Sächs. StGB's. von 1855.

1. Deutsch. StGB.	2. Entwurf.	3. Preuß. StGB.	4. Sächs. Rev. StGB.	1 Deutsch. StGB.	2. Entwurf.	3. Preuß. StGB.	4. Sächs. Rev. StGB.
187	184	156.	235.241.	235	230	205.	194.196.
188	184	—	241.338.	236	231	206.207.	187.191.193.
189	165	—	246.	237	232	208.	188.189.192.
190	185	157.	—				193
191	186	159.	—	238	233	209.	193.
192	187	158.	238.240.	239	234	210.	197.200.
193	188	154.	238.240.	240	235	212.	201.204.
194	189	160.		241	236	213.	206.207.
195	190	162.		242	237	215.216.	272.276.
196	191	102.192.	246. (for 194–197)	243	238	218.220.	277[1].278.280.
197	192	102.103.				221.	
198	193	161.	—	244	239	219.	300.
199	194	153.	243.	245	240	219.	—
200	195	163.	245.	246	241	225.226.	287—291.
201	196	164.	248.			227.	
202	197	165.	248.	247	242	228.229.	302.
203	198	166.	254.	248	243	216.218.	—
204	199	167.	249.254.			227.	
205	200	168.	250.	249	244	230.231.	177.
206	201	169.	250.	250	245	232.233.	177.300.
207	202	171.	252.	251	246	233.	177.
208	203	170.	251.	252	247	230.	280.
209	204	172.173.	253.254.	253	248	234.235.	282.283.
210	205	174.	255—257.	254	249	235.	204.
211	206	175.	155.	255	250	236.	178.
212	207	176.	156.	256	251	235.	—
213	208	177.	156.	257	252	37.38.	61.72.
214	209	178.	280.	258	253	237.238.	61.72.
215	210	179.	—	259	254	237.238.	292.
216	211	—	157.	260	255	239.	293.
217	212	180.	159.	261	256	240.	—
218	213	181.	160.	262	257	237.238.	—
219	214	—	160.	263	258	241.242.	284—286.
220	215	182.	161.	264	259	—	300.
221	216	183.	163.	265	260	244.	—
222	217	184.	165.	266	261	246.	284.287.
223	218	187.191.	166.167.171[3].	267	262	—	311.
224	219	192.[a]193.	167.168.	268	263	247.250.	
225	220	193.	169.			251.	311.285.
226	221	194.	170.	269	264	248.	311.
227	222	195.	173.	270	265	249.	311.
228	223	196.	171[3].	271	266	255.	—
229	224	197.	169.	272	277	252.	—
230	228	198.203.	175.	273	268	252.	—
231	225	—	—	274	269	243[7].[8].	311.332.
232	226	198.189.	174.175.	275	270	253.	311.
		203.	—	276	271	—	—
233	227	188.	—	277	272	256.	—
234	229	204.	194.	278	273	257.	—

1. Deutsch. StGB.	2. Entwurf.	3. Preuß. StGB.	4. Sächs. Rev. StGB.
279	274	258.	—
280	275	243.253. 256—258	—
281	276	259.	304.305.306.
282	277	260.	—
283	278	261.	307.308.
284	279	266.	—
285	280	267.	—
286	281	268.	—
287	282	269.	312.
288	284	—	310.
289	285	271.	247.274.
290	286	265.	330^{3}.
291	287	349^{5}.	—
292	288	274.	281.
293	289	275.	281.
294	290	276.	281.
295	291	277.	281.
296	292	273.	281.
297	293	278.	—
298	294	279.	—
299	295	280.	373.
300	296	155.	372.
301	297	—d)	315.
302	298	—d)	315.
303	300	281.	335.
304	301	282.	336.
305	302	283.	336.
306	303	285.	209.
307	304	285.	209.
308	305	286.287.	208.210.
309	306	288.	220.
310	307	—	213.
311	308	289.	214.
312	309	290.	216.217.
313	310	291.292.	216.217.
314	311	293.	220.
315	312	294.	218.
316	313	295.	218.
317	314	296.	218.
318	315	298.	218.
319	316	299.	—
320	317	300.	—
321	318	301.	216.
322	319	302.	—
323	320	303.	—

1. Deutsch. StGB.	2. Entwurf	3. Preuß. StGB.	4. Sächs. Rev. StGB.
324	321	304.	215.
325	322	305.	—
326	323	301—304.	220.
327	324	306.	—
328	325	307.	219.
329	326	308.	—
330	327	202.	—
331	—	309.	363.
332	328	310.	364.
333	329	311.	367.
334	330.331	310—313.	364.
335	332	309—313.	369.
336	333	314.	365.
337	334	—e)	—
338	335	—e)	—
339	336	315.	362.283.
340	337	316.	—
341	338	317.	198.
342	—	318.	—
343	339	319.	—
344	340	320.	—
345	341	320.	—
346	342	321.	—
347	343	322.	152.154.
348	344	323.	—
349	345	323.	285.
350	346	324.	289.
351	347	325.	—
352	348	326.	—
353	349	327.	—
354	350	328.	—
355	351	—	372.
356	352	329.	—
357	353	330.	—
358	354	309.315— 317.326— 328.330.	—
359	355	331.	—
360 ^{1}	356 ^{1}	340 ^{1}	—
^{2}	^{2}	^{2}	—
^{3}	138	110.	—
^{4}	356 ^{3}	340 ^{3}	311.
^{5}	^{4}	340 ^{4}	311.
^{6}	^{5}	340 ^{5}	325.
^{7}	^{6}	—f)	—
^{8}	^{7}	105.	—

d) Vergl. Preuß. Ges. v. 2. März 1857.
e) Vergl. Preuß.-Einführ.-Ges. v. 14. April 1851, XII. §. 5.
f) Preuß. Kabinetsordre v. 16. October 1831.

1. Deutsch. StGB.	2. Entwurf.	3. Preuß. StGB.	4. Sächs. Rev. StGB.	1. Deutsch. StGB.	2. Entwurf	3. Preuß. StGB.	4. Sächs. Rev. StGB.
360^{9}	356^{8}	340^{6}	—	367^{5}	363^{5}	345^{4}	—
10	—	340^{7}	—	6	6	347^{5}	—
11	10	340^{9}	—	7	7	345^{5}	—
12	11	264.349^{6}	—	8	8	6	—
13	12	340^{10}	—g	9	9	7	—
14	13	340^{11}	—	10	—	—	—
= Abs.^{2}	Abs.^{2}	340 in fine	—	11	363^{10}	345^{8}	—
361^{1}	357^{1}	116	—h	12	11	9	—
2	2	115	—	13	12	10	—
3	3	117	—	14	13	11	—
4	4	118.341	—	15	14	12	—
5	5	119	—	Abs.^{2}	Abs.^{2}	345 in fine	—
6	6	146	—i	368^{1}	364^{1}	347^{2}	—
7	7	119	—	2	2	1	—
8	8	119	—	3	3	3	—
362	358	120	—h	4	4	4	—
363	359	254	313	5	5	6	—
364	360	—	—	6	6	7	281k
365	361	342	—	7	7	8	—
366^{1}	356^{9}	340^{8}	—	8	8	9	—
2	362^{1}	344^{1}	—	9	9	10	281k
3	2	344^{2}	—	10	10	11	281k
4	3	344^{3}	—	11	11	12	281k
5	4	344^{4}	—	369^{1}	365^{1}	348^{1}	—
6	5	346^{2}	—	2	2	2	—
7	6	344^{5}.346^{3}	—	3	3	3	—
8	7	344^{6}	—	370^{1}	366^{1}	349^{1}	332
9	8	344^{7}	—	2	2	2	334.281k
10	9	344^{8}	—	3	4	4	—
367^{1}	363^{1}	137.186	331	4	292	273	281k
2	2	345^{1}	—	5	366^{3}	349^{3}	303
3	3	345^{2}	—	6	366^{5}	7	330
4	4	345^{3}	—				

g) Art. 361 des Sächs. StGB.'s von 1855. — h) Sächs. Verordnung vom 14. Dec. 1870, §. 6, 13.

i) Art. 354 des Sächs. StGB. von 1855.

k) Vergl. Art. 9.^{5}, 9.$^{1.2}$, 11, 2.^{6}, 2.^{3} 2.^{6} des Sächs. Forststrafgesetzes von 1855 beziehentlich in Verbindung mit Art. 9 u. 10 der Forststrafverordnung vom 10. Dec. 1870.

1.

Art. 2—9 des RStGB.'s.

Nach demjenigen, was sub D. bemerkt worden ist, bedarf es keiner weiteren Auseinandersetzung, daß diese Artikel durch die correspondirenden §§. 3—8 des DStGB.'s in der Hauptsache als aufgehoben anzusehen sind. Nur insoweit läßt sich dies nicht behaupten, als in ihnen gleichzeitig darüber Bestimmung getroffen worden ist, daß bezüglich gewisser Delicte die Untersuchungseinleitung von einer besonderen Anordnung des Justizministeriums abhänge und daß es die Staatsanwälte seien, welche den Behufs der Einholung einer derartigen ministeriellen Entschließung erforderlichen Bericht zu erstatten hätten (Art. 4, 5, 6, 7). Hierin glaube ich eine rein prozessuale Bestimmung finden zu sollen, deren fortdauernde Gültigkeit nicht anzuzweifeln sein möchte (vgl. J.)*).

2.

Art. 10 des Alten StGB.'s.

§. 13 des DStGB.'s bestimmt ebenso, wie Solches in Art. 10 des Alten StGB.'s geschah, daß die Todesstrafe durch Enthauptung zu vollstrecken sei, dagegen enthielt letzterer noch überdies einige Vorschriften über die Modificationen der Vollziehung, von denen das DStGB. wohl mit vollem Rechte nicht spricht, da dieselben streng genommen nicht rein strafrechtlicher Natur sind. Gleichwohl leben selbige nicht ohne Weiteres wieder auf; vielmehr wurden sie bei Erlaß des RStGB.'s ausdrücklich aufgehoben und würden daher nur im Falle einer ausdrücklich auf sie recurrirenden neuen Vorschrift wieder in Wirksamkeit treten können (vgl. auch die ebenfalls in Wegfall gelangten Art. 425—427 der Alten StPO. beziehentlich in Verbindung mit

---

*) In welcher Maße in dieser Beziehung die staatsanwaltschaftlichen Beamten neuerdings Seiten des Justizministeriums angewiesen worden sind, erhellt aus der im Justizministerialblatte abgedruckten Generalverordnung vom 3. Februar 1871.

den §§. 28, 29 der Ausführungsverordnung vom 10. December 1870).

3.

Art. 17 des RStGB.'s.

Art. 17 wurde ganz zweifellos durch §. 16 des DStGB.'s in Wegfall gebracht, zumal letzteres die Arbeitshausstrafe, die für die dortigen Vorschriften von besonderem Einflusse war, gar nicht kennt, doch ist die im Grunde genommen nur reglementäre Bestimmung des Abs. 1 des Art. 17 durch §. 2 der Verordnung vom 19. December 1870 mit gewissen Modificationen wiederum in Wirksamkeit getreten.

4.

Art. 23 des RStGB.'s.

Das DStGB. kennt die Handarbeitstrafe nicht und es ist daher den in diesem Gesetzbuche behandelten Delicten gegenüber der Art. 23 an sich als aufgehoben anzusehen (D.); indessen hat in dieser Beziehung §. 6 des Einführungsgesetzes zum DStGB. eine Vorschrift ertheilt, die jenen Artikel für Sachsen noch immerhin nicht ganz außer Kraft gesetzt hat, wie denn auch auf ihn in §. 25 der neuen Forststrafverordnung vom 10. Dec. 1870, sowie in §. 9 der Verordnung vom 19. December 1870 ausdrücklich Bezug genommen wird.

5.

Art. 57, 58, 59 des RStGB.'s.

Die in Art. 57, 58 des RStGB.'s getroffenen Bestimmungen dürften als aufgehoben anzusehen sein. Sie gehen von der Annahme aus, daß schon in der Vereinigung zu Ausführung eines Delicts, also in dem Complotte selbst eine Versuchshandlung liege. Dem DStGB. gegenüber, welches Alles auf eine gemeinschaftliche Ausführung setzt (§. 47), ist diese Auffassung nicht haltbar. Zur Strafbarkeit des Complottanten gehört danach irgend welche Mitwirkung, sollte diese auch nur in einer

die Verletzung einer Pflicht zum Handeln involvirenden Unthätigkeit sich äußern.

Mit diesen beiden Artikeln fällt gleichzeitig der mit ihnen in enger Verbindung stehende Art. 59, sowie denn überhaupt das DStGB. der „thätigen Reue" als allgemeinem Strafausschließungsgrunde nur im §. 46 einen Platz eingeräumt hat. Auf diese letztere Bestimmung wird daher eventuell in einigen der Fälle, welche der Art. 59 im Auge hatte, zu recurriren sein.

6.

Art. 60 des RStGB.'s.

Dieser Artikel muß mit Rücksicht auf das sub 5 Bemerkte als beseitigt angesehen werden. Nur als Aggravationsmoment kommt ein Theil seines Thatbestandes im DStGB. vor (§. 243 sub 6, §. 250 sub 2).

7.

Art. 89 des RStGB.'s.

Art. 87 setzte als Unzurechnungsfähigkeitsgrenze das 14. Altersjahr fest, dergestalt, daß nach weiterer Vorschrift des Art. 89 in Verbindung mit Punkt XIV der Publicationsverordnung Kindern vor zurückgelegtem 14. Lebensjahre eine Handlung niemals als criminalrechtlich strafbare That angerechnet werden konnte und deren etwa dennoch für angemessen zu befindende Ahndung lediglich der weiteren Entschließung der Polizeibehörde anheimfiel.

Durch die §§. 55, 56 des DStGB.'s ist die Unzurechnungsfähigkeitsgrenze bis zum 12. Altersjahre zurückgerückt, nicht minder aber überdies festgesetzt, daß, insoweit ein Angeschuldigter im Alter zwischen 12—18 Jahren stehe und die zur Erkenntniß der von ihm begangenen That erforderliche Einsicht nicht besessen habe, derselbe zwar freizusprechen, daß jedoch solchenfalls in dem abzufassenden (richterlichen) Urtheile Bestimmung darüber zu treffen sei, ob und in welcher Weise etwa eine der in Abs. 2 des §. 56 gedachten administrativ-polizeilichen Maßregeln Platz zu greifen habe.

Hierdurch ergiebt sich, daß, dafern ein Kind in Frage steht, welches bei Begehung einer Handlung das 12. Lebensjahr vollendet hatte, über dessen etwaige Bestrafung fortan ausschließlich der Richter zu cognosciren hat, ingleichen, daß Art. 89 in Verbindung mit Punkt XIV der Publicationsverordnung nur noch in denjenigen Fällen Platz greifen kann, in denen bezüglich eines Kindes unter 12 Jahren eine Correctionsmaßregel sich räthlich machen sollte.

Hiermit stimmt auch §. 10 der Verordnung, „den Einfluß des Bundesstrafgesetzbuchs auf Polizeisachen betr.", vom 14. Dec. 1870, vollständig überein*).

8.

Art. 94 des RStGB.'s.

Das RStGB. führte unter den Strafausschließungsgründen auch den „Befehl" auf; das DStGB. hielt dies für entbehrlich; jener Artikel ist daher als aufgehoben anzusehen (D.). Man dürfte jedoch auch ohne ihn zu dem nämlichen Resultate gelangen, da an sich ein Befehl, der die freie Willensbestimmung aufhebt, die Zurechnungsfähigkeit ausschließt: der Befehlende wird in einem solchen Falle zum Selbstthäter, der Andere ist nur sein blindes, willenloses Werkzeug.

9.

Art. 104 des RStGB.'s.

Der Inhalt dieses aufgehobenen Artikels (D.) wird unbedenklich bei Beantwortung der Frage mit in Betracht gezogen werden dürfen, ob überhaupt ein Antrag, wie solchen §. 61 des DStGB.'s erfordert, vorliege, da die Motive zu letzterem ganz ausdrücklich darauf hinweisen, wie ein Strafantrag nur dann Beachtung verdiene, dafern er rechtzeitig und zwar bei der zuständigen Behörde „oder deren Organen" eingebracht worden sei (Motiven zu §. 59 des Entwurfs, S. 75).

---

*) Vgl. auch die im Justizministerialblatt abgedruckte Generalverordnung vom 10. Februar 1871.



10.

Art. 106 des RStGB.'s.

Abs. 1—7 sind durchgängig als beseitigt anzusehen (D.) und wird insbesondere den Vorschriften des Abs. 1 durch §. 64, sowie resp. durch die Specialbestimmungen in §§. 176, 177, 194 des DStGB.'s derogirt. Ob nicht vorkommenden Falls den im Abs. 2 und 7 etablirt gewesenen Grundsätzen bei Interpretation des §. 64 zu folgen und ob nicht der Abs. 6 implicite im §. 64 mit enthalten sein möchte? ist natürlich eine andere Frage. Bezüglich der Abs. 3, 4, 5 läßt sich übrigens wohl annehmen, daß das DStGB. von einer gegentheiligen Auffassung ausging und nur demjenigen eine Zurücknahme des Antrags gestatten wollte, der ihn berechtigter Weise gestellt hatte.

Abs. 8 ist meines Erachtens rein prozessualer Natur und daher als nicht beseitigt anzusehen, dafern man die vorstehend bezüglich des Abs. 7 aufgeworfene Frage zu bejahen berechtigt sein sollte (J.).

11.

Art. 107 des RStGB.'s.

Was das RStGB. in diesem Artikel ausspricht, scheint mir unter diejenigen Bestimmungen zu fallen, die im Grunde genommen einen mehr prozessualen Charakter haben und daher noch ferner Gesetzeskraft beanspruchen dürfen (J.).

12.

Art. 127 des RStGB.'s.

Daß Art. 128, welcher die Ueberschrift „staatsgefährliche Schmähungen" trägt, durch §. 131 des DStGB.'s beseitigt sei, kann, wenn man den Inhalt beider Bestimmungen gegen einander hält, einem Zweifel nicht unterliegen (E.). Aber ebensowenig möchte die Annahme, daß durch letztere gleichzeitig dem von der „Verbreitung staatsgefährlicher Lehren" handelnden Art. 127 derogirt worden sei, bedenklich fallen. Namentlich wird die in selbigem enthaltene Specialvorschrift, daß „herabwürdigende

öffentliche Mittheilungen über die Rechtsinstitute der Ehe, der Familie, oder des Eigenthums" strafbar sein sollen, durch die allgemeinere Fassung des §. 131, welcher dergleichen Angriffe auf die „Staatseinrichtungen" bedroht, genügend gedeckt. Letztere haben einen socialen und einen staatsrechtlichen Charakter, und während die Grundlage für diese in der Staatsverfassung zu finden ist, repräsentiren gerade die Rechtsinstitute der Ehe, der Familie und des Eigenthums die wenn nicht alleinige, doch jedenfalls wesentlichste Basis für die sociale Partie jener Einrichtungen. — Demnächst ist sogar im Reichstage ausdrücklich beschlossen worden, die überdies im Entwurfe zu §. 131 enthalten gewesenen Worte „oder wer in gleicher Weise strafbare Handlungen durch Rechtfertigung anpreist", zu streichen, sodaß auch eine directe Andeutung dafür vorliegt, wie es in der Absicht gelegen hat, die am Schlusse des Art. 127 gedachten Handlungen straflos zu lassen (vergl. Stenogr. Berichte Bd. I. S. 412 flg.). — Damit muß zugleich anerkannt werden, daß Art. 127 eine „Materie" behandelt, die von dem DStGB. mit verarbeitet worden ist und es cessiren mithin auch diejenigen weiteren Detailbestimmungen desselben, die, ohne gleichfalls im DStGB. Aufnahme gefunden zu haben, doch nur als Ausläufer jenes allgemeinen Thatbestandes sich charakterisiren.

13.

Art. 130 des RStGB.'s.

Es wird in diesem Artikel die wissentliche Verbreitung solcher falscher Nachrichten mit Strafe bedroht, welche „im Publikum Besorgniß vor Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Wohlfahrt, des Friedens, oder der bürgerlichen Freiheit, oder Unzufriedenheit mit Maßregeln der Regierung zu erregen geeignet sind." Vergeblich dürfte man in dem DStGB. eine Bestimmung suchen, welche gerade diesen Thatbestand ausschließlich zum Vorwurf genommen hätte. Gleichwohl neige ich mich zu der Auffassung hin, daß diese Vorschrift unserer Landesgesetzgebung keine Gültigkeit mehr beanspruchen kann*).

*) Von einer gleichen Auffassung ist neuerdings auch das OAG. ausgegangen.

Zunächst möchte ich darauf hinweisen, daß, soweit der Artikel eine Störung des öffentlichen Friedens, resp. der öffentlichen Sicherheit und Wohlfahrt geahndet wissen wollte, auch das DStGB. dieses Gesichtspunktes mehrfach ganz ausdrücklich gedenkt. Ich will nur an die Vorschriften der §§. 126 und 130 erinnern. Allerdings wird dort anderer Störungsmittel gedacht, als welche Art. 130 in erster Linie im Auge gehabt haben mag, dennoch aber kann doch wohl auf diese Verschiedenheit der Begehungsform nicht so viel ankommen (E.). — Aber auch das, was dieser Artikel über die Erregung von „Unzufriedenheit mit Maßregeln der Regierung" vorschreibt, scheint mir keine „Materie" zu repräsentiren, von der sich behaupten ließe, sie sei dem DStGB. fremd; dieses behandelt vielmehr den nämlichen Gegenstand nur in einer anderen Schattirung, wenn es in §. 131 von einem „Verächtlichmachen der Anordnungen der Obrigkeit" spricht. — Auch ist das DStGB. im Allgemeinen nicht zu karg mit Erlaß von Vorschriften gewesen, in denen die Fälschung der Wahrheit und namentlich das Moment der Veröffentlichung und Verbreitung von Aeußerungen, Schriften 2c. geahndet wird; ich verweise in letzterer Beziehung nur beispielsweise auf die §§., nach welchen die Veröffentlichung und Verbreitung von Aeußerungen und Schriften strafbar ist, die hochverrätherischen Charakters sind (§. 85), zum Ungehorsam (§. 110), oder zu strafbaren Handlungen auffordern (§. 111), oder staatsgefährlichen (§. 131), unzüchtigen (§. 184), beleidigenden (§§. 186, 187, 200) Inhalts sind. Es läßt sich unter diesen Umständen nicht wohl annehmen, daß es in der Absicht der Bundesgesetzgebung gelegen haben sollte, nach dieser Richtung hin noch Sonderbestimmungen der Einzelstaaten bestehen zu lassen. — Endlich möchte ich hier auch noch den Gesichtspunkt nicht ganz unberührt lassen, daß dem Art. 130 in unserem RStGB. eine Stelle unter der Gruppe von Delicten angewiesen war, denen man den Charakter von Staatsverbrechen im weiteren Sinne vindiciren muß, und daß gerade die besondere Natur dieser Gruppe von Verbrechen zu dem Schlusse berechtigt, die Bundesgesetzgebung habe die Normirung der hierher gehörigen Vor-

schriften, unter Ausschluß der Zulässigkeit von Particularbestimmungen, ausschließlich ihrer eigenen Competenz vorbehalten*).

14.

Art. 133, 136, 140 des RStGB.'s.

Das RStGB. rechnete zu dem Majestätsverbrechen neben den thätlichen und wörtlichen Beleidigungen gegen das Staatsoberhaupt ꝛc. ꝛc. auch die gegen letzteres ꝛc. ꝛc. gerichteten Bedrohungen mit Thätlichkeiten oder Körperverletzungen (Art. 133, 136, 140). Das DStGB. gedenkt dieser Unterart der Beleidigung des Landesherrn ꝛc. ꝛc. nicht und es kommen daher jene Sonderbestimmungen schon in Hinblick auf das sub E. und F. Bemerkte in Wegfall. Auch gelangt hier dasjenige, was am Schlusse des vorigen Abschnittes betreffs der Staatsverbrechen betont wurde, zur Geltung. Uebrigens wird man jene Bestimmungen des RStGB.'s um so weniger vermissen, als Drohungen der beregten Art zumeist entweder den Charakter bereits versuchter Thätlichkeiten an sich tragen, oder als symbolische Beleidigungen strafbar sein werden. Zudem versteht es sich von selbst, daß eventuell auch eine ideelle Concurrenz des §. 241 des DStGB.'s denkbar bleibt.

15.

Art. 143 des RStGB.'s.

Die Widersetzung gegen erlaubte Selbsthülfe, die das RStGB. in einem besonderen Artikel behandelte (Art. 143), kennzeichnet sich lediglich als eine Spielart der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Autorität, da sie mit dieser alle Begriffsmerkmale bis auf das eine gemein hat, daß die angegriffene Person nicht, wie bei jener (Art. 142), zu den angestellten Vollziehungsbeamten oder den diesen gleichgestellten Organen gehört, vielmehr eine Privatperson ist, welcher der Staat nur für gewisse

*) Vgl. auch die überhaupt höchst verdienstvolle Schrift Heinze's „Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen". Leipzig 1870, S. 38.



Eilfälle das Befugniß eingeräumt wissen will, sich mit Umgehung der regelmäßigen Staatshülfe Recht und Schutz zu verschaffen. Es wird daher diese Specialbestimmung des Art. 143 schon dadurch hinfällig, daß §. 113 des DStGB.'s jenen allgemeinen Thatbestand der Widersetzlichkeit fixirt hat (E. F.). Zudem findet sich sogar in §. 117 ein Theil jenes specielleren Thatbestandes reproducirt, indem in diesem auch Widersetzlichkeiten gegen Nichtbeamte, die nach unserem früheren Rechte nicht unter Art. 142, sondern unter Art. 143 gefallen wären, Erwähnung gefunden haben. Daß hierdurch nicht gleichzeitig jede Widersetzung gegen erlaubte Selbsthülfe (vgl. z. B. Art. 80 der RStPO.) für straflos erklärt werden soll, bedarf wohl kaum der besonderen Erwähnung, vielmehr lassen sich recht wohl Fälle einer solchen Widersetzlichkeit denken, die den Charakter eines anderen Delicts, z. B. einer strafbaren Nöthigung an sich tragen.

16.

Art. 154 b des RStGB.'s.

Die in diesem Artikel gegebene Begriffsbestimmung wird selbstverständlich zugleich mit den außer Gültigkeit gesetzten Art. 152, 153, 154 des RStGB.'s, auf die sie sich bezog, hinfällig. Uebrigens geht aus §. 121 des DStGB.'s noch besonders hervor, daß letzteres den Begriff „Gefangener" in einem weiteren Sinne aufgefaßt haben dürfte, als das RStGB.

17.

Art. 158 des RStGB.'s.

Aus den Reichstagsverhandlungen über §. 216 des DStGB.'s (§. 211 des Entwurfs) erhellt zur Genüge, daß man die Anleitung eines Anderen zum Selbstmorde oder dessen Unterstützung hierbei straflos lassen wollte, dafern nicht ein derartiges Gebahren den Thatbestand des angezogenen §. decken und solchenfalls nicht nach dieser Vorschrift zu ahnden sein würde (vgl. Stenogr. Berichte Bd. II. S. 656 flg.). Der Art. 158 des RStGB.'s dürfte daher als beseitigt anzusehen sein (B.).

18.

Art. 162 der RStGB.'s.

Art. 162 des RStGB.'s umfaßte eine äußerst zwitterhafte verbrecherische Figur; Dolus, Culpa, Leichtsinn und polizeiliche Gefährlichkeit waren die Träger, auf die man sie gestützt hatte.

Gleichwohl ließ sich unbedenklich annehmen, daß der erste Satz des Artikels, in welchem die mit Tödtungsabsicht begangene Verheimlichung behandelt wird, im Grunde genommen lediglich als eine Schattirung der versuchten Kindestödtung aufgefaßt werden dürfe, und daß man zu dieser Sonderbestimmung — durch welche eine etwas mildere Strafe als die an sich nach Art. 159 verbunden mit Art. 41 ausfallende angedroht wurde — hauptsächlich wohl nur aus dem Grunde gegriffen hatte, einmal, damit den gerade hier leichter auftauchenden Zweifeln über die etwaige Grenze von Versuch und Vorbereitung von vornherein die Spitze abgebrochen werde, sowie das andere Mal, damit — wie auch bei den Landtagsverhandlungen über den correspondirenden Art. 130 des Criminalgesetzbuches von 1838 ausdrücklich zur Sprache kam — „eine Frauensperson, welche einmal ihre Niederkunft in böslicher Absicht verheimlicht habe, nicht Alles daran setze, um durch Ausführung ihrer Absicht den Zeugen ihrer Schande zu vernichten." Sollte diese Auffassung richtig sein, so wird man auch gewiß keinen Anstand nehmen, mit mir den ersten Satz des Art. 162 durch das DStGB. als aufgehoben anzusehen; denn in dessen XVI. Abschnitte, welcher die Ueberschrift „Verbrechen und Vergehen wider das Leben" trägt und in welchem zudem gerade den gegen das Leben eines erst zu gebärenden oder neugeborenen Kindes gerichteten Angriffen die eingehendste Aufmerksamkeit gewidmet wird (§§. 217—220), wird offenbar eine nach der hier fraglichen Richtung durchaus abgeschlossene „Materie" behandelt (A. C. E.). Uebrigens würde auch, dafern neben den Vorschriften des §. 217 in Verbindung mit §. 44 und §. 46 des DStGB.'s annoch eine dem ersten Satze des Art. 162 des RStGB.'s ähnliche besondere Bestimm-

ung bestehen bliebe, eine unheilvolle Rechtsverwirrung entstehen müssen.

Nicht viel anders steht es mit dem im zweiten Satze des Art. 162 behandelten Falle der Niederkunftsverheimlichung. Nimmt man einmal an, daß eine mit Tödtungsabsicht unternommene Verheimlichung zu einer von dem DStGB. behandelten „Materie" gehört, so muß man meines Erachtens gleichzeitig einräumen, daß die Verheimlichung der Niederkunft überhaupt — sei sie nun mit oder ohne Tödtungsabsicht begangen — einen Gegenstand betreffe, der, soweit ihm ein criminalrechtlicher Charakter vindicirt werden kann, durch das DStGB. consumirt sei; denn es ist dann davon auszugehen, das DStGB. habe diese Handlung, möge sie mit einem Specialdolus begangen sein oder nicht, nach allen Richtungen hin seiner Beurtheilung unterzogen (E.). Es ist dies hier umsomehr anzunehmen, als sich sogar in §. 186 des Preuß. StGB.'s neben der gegenwärtig in §. 367 sub 1 des DStGB.'s enthaltenen Vorschrift annoch eine zweite vorfand, nach welcher ganz ausdrücklich auch der „Mutter, welche den Leichnam ihres unehelichen neugeborenen Kindes ohne Vorwissen der Behörde beerdigt oder bei Seite schafft", Erwähnung gethan wurde. Da diese, dem zweiten Satze des Art. 162 offenbar auf das Allernächste verwandte Bestimmung nicht mit in das DStGB. überging, so dürfte man in der Annahme, daß die Bundesgesetzgebungsfactoren in der Niederkunftsverheimlichung ein criminalrechtlich strafbares Moment nicht erblickt haben, umsoweniger irregehen, als nach Inhalt der Motiven die jetzige Vorschrift des §. 367 sub 1 des DStGB.'s darauf berechnet war, den ganzen §. 186 des Preuß. StGB.'s zu decken (vgl. S. 150 der Motiven). Hiernach ist meines Bedünkens der Art. 162 seinem ganzen Umfange nach als beseitigt anzusehen.

Selbstverständlich wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß man die letztgedachte Art der Niederkunftsverheimlichung mit Schwarze, wie dieser in seinem Commentare zum DStGB. treffend bemerkt, als einen „Ausläufer" jener Materie auffaßt, der ungefähr in der nämlichen Verwandtschaft zu der Kindes-

tödtung stehe, wie die Uebertretung des §. 367 sub 1 und 2 zu dem Verbrechen der Tödtung überhaupt. Daraus aber würde nur folgen, daß es der Particulargesetzgebung unbenommen sei, eine hierauf bezügliche Polizeivorschrift zu geben (vergl. II.), bei deren Erlaß indessen meiner Ansicht nach ebensowenig auf das in Art. 162 enthaltene Strafmaß recurrirt, als auf §. 5 des Einführ.-Ges. Bezug genommen werden dürfte, da ersteres sich nicht innerhalb der in §. 1 Abs. 3 des DStGB.'s vorgezeichneten Strafgrenze bewegt, dagegen die letztere Bestimmung nur auf Fälle berechnet ist, in denen es sich nicht um Gegenstände des DStGB.'s handelt. Es würde daher nur Haft in der Dauer bis zu sechs Wochen oder Geldbuße bis zu 50 Thlrn. angedroht werden können.

19.

Art. 195 des RStGB.'s.

§. 205 des Preuß. StGB.'s, welchem der §. 235 des DStGB.'s entlehnt ist, lautete: „Wer einen Menschen unter sechszehn Jahren durch List oder Gewalt entführt, um ihn zum Betteln oder zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen, wird ꝛc. ꝛc." Wäre dieser §. unverändert in das DStGB. übergegangen, so würde wohl durch ihn im Hauptwerke zugleich der Thatbestand gedeckt worden sein, welcher dem in Art. 195 des RStGB.'s behandelten Delicte des „Menschenhandels" zu Grunde liegt (vergl. auch Oppenhoff's Commentar zu §. 205, Anm. 3). Dagegen ist letzteres der gegenwärtigen Fassung des §. 235 des DStGB.'s gegenüber nicht mehr der Fall; diese ist eine wesentlich andere. Wenn schon man selbiger vor der des §. 205 des Preuß. StGB.'s allem Anscheine nach nur um deswillen den Vorzug gab, um schon durch die Wahl des Ausdrucks „entziehen" (anstatt „entführen") das hier einschlägliche Verbrechen als eine Art des „Menschenraubes" zu kennzeichnen (Motiven S. 116, 117), so hat man doch augenfällig eine Fassung gewählt, die weit über dieses Ziel hinausschießt und beispielsweise auch nicht mehr gestattet, einen Vergewaltigungsact unter diese Vorschrift zu sub-

sumiren, welcher mit Einwilligung der Eltern ꝛc. ꝛc. oder sogar, wie der Menschenhandel im Sinne des RStGB.'s voraussetzte, von letzteren selbst unternommen wurde. Es möchte daher wohl auch die Annahme gerechtfertigt sein, daß die Bestimmung des Art. 195 des RStGB.'s durch das DStGB. nicht berührt und eventuell zu denen zu rechnen sei, auf welche §. 5 des Einführ.-Ges. bezogen werden kann.

20.

Art. 205 des RStGB.'s.

Die „Nöthigung zur Ehe", welche dieser Artikel behandelt, ist lediglich eine Species des in §. 240 des DStGB.'s behandelten Delicts und daher, soweit es nicht unter diese Strafbestimmung fällt, criminalrechtlich straflos (E.). Unter Umständen werden auch die §§. 170 und 236 des DStGB.'s concurriren können. — Daß überhaupt der §. 170 des DStGB.'s dem Art. 205 des RStGB.'s nachgebildet wäre — wie aus den Motiven zu §. 168 des Entwurfs (S. 99) gefolgert werden könnte — und daß sonach der Art. 205 des RStGB.'s schon durch §. 170 des DStGB.'s unter allen Umständen gedeckt würde, ist nicht wohl anzunehmen, vielmehr scheint in den Motiven hierunter der Art. 205 mit dem Art. 317 des RStGB.'s verwechselt worden zu sein.

21.

Art. 218 des RStGB.'s.

Wenn es sich um die Frage handelt, ob dem Gesetze die Beschädigung von Eisenbahnen u. s. w. betr. vom 11. August 1855, sowie resp. den auf selbiges bezüglichen Vorschriften der Public.-Verordn. zum RStGB. sub B durch das DStGB. derogirt worden sei? so muß ich selbige bejahen Vor allen werden die Artikel 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 15, 16 dieses Gesetzes ihrem ganzen Umfange nach, nicht minder aber auch die dortigen Artikel 8, 9, 10 und 11 insoweit, als die in ihnen bezeichneten Handlungen mit einer Beschädigung, Gefährdung, Verhinderung oder Störung des Eisenbahntransports oder des

Telegraphenbetriebs verbunden gewesen sein sollten, durch die §§. 315—319 des DStGB.'s vollständig gedeckt (vergl. auch G.). Was hiernach sonst noch von dem Inhalte des Gesetzes übrig bleibt — Art. 8, 9 und 10, jedoch ohne Hinzutritt des Art. 11 — hat offenbar einen rein polizeilichen und administrativen Charakter, und es wird daher hier betreffs der Competenz Sachsens zum Erlaß hierauf bezüglicher Vorschriften das sub Nr. 18 am Schlusse Bemerkte zu wiederholen sein. Dies würde übrigens gleichzeitig eine Modification der in den Artikeln 14 und 17 enthaltenen Vorschriften bedingen.

22.

Art. 229 des RStGB.'s.

Art. 229 bedroht denjenigen, der in einer nicht ihn selbst betreffenden Angelegenheit vor einer öffentlichen Behörde doloser oder culposer Weise eine nichteidliche wahrheitswidrige Aussage erstattete, mit Strafe, vor welcher ihn nur ein rechtzeitiger Widerruf schützen konnte (Art. 231 des RStGB.'s).

Die Frage, ob diese Bestimmung einen Gegenstand berühre, der zu den von dem DStGB. behandelten „Materien" gehöre? glaube ich bejahen zu sollen.

Vor allen bin ich der Ansicht, daß schon durch die Vorschriften des letzteren über den Meineid jener Bestimmung derogirt worden ist. — Dem DStGB. ist die Auffassung unseres RStGB.'s, welches den Meineid als ein Verbrechen wider die Religion auffaßte, völlig fremd und es liegt wohl am Nächsten, seine hierher gehörigen Vorschriften daraus herzuleiten, daß der Gesetzgeber die allgemeine Verbindlichkeit des Staatsbürgers, vor Gericht die Wahrheit zu sagen, betonen, jedoch ein Zuwiderhandeln hierunter lediglich dann bestraft wissen wollte, dafern und insoweit sich letzteres als eine Verletzung der durch den gerichtlichen Eid bekräftigten Versicherung, dieser Verbindlichkeit eingedenk zu sein, und mithin als eine Verletzung dieser eidlich anerkannten Verbindlichkeit selbst sich darstelle*). — Geht man

*) Vergl. auch Schwarze in den Neuen Jahrbüchern für Sächs. Strafrecht Bd. III. S. 135.

hiervon aus, so möchte es keinem Zweifel unterliegen, daß, indem das DStGB. gewissermaßen nur eine qualificirte Verletzung der Wahrheitspflicht mit Strafe bedrohte, gleichzeitig die einfache Form einer solchen Verletzung, also eine nicht eidliche wahrheitswidrige Aussage für criminalrechtlich straflos erklärt worden sei (E.).

Zu einem anderen Resultate gelangt allerdings Schwarze bei einer Besprechung dieser Frage im Gerichtssaal, Jahrg. XXII. S. 395. Derselbe vindicirt daselbst dem Art. 229 des RStGB.'s den Charakter einer, insbesondere durch die Meineidsvorschriften des DStGB.'s nicht aufgehobenen „polizeilichen Specialbestimmung" und zwar unter Bezugnahme darauf, daß „der Meineid nicht lediglich als ein qualificirter Fall der Lüge vor Gericht, sondern selbstständig als die Verletzung der Eidespflicht zu beurtheilen und auch demgemäß als ein selbstständiges Verbrechen behandelt worden sei." — Diese Argumentation dürfte kaum als zutreffend anzuerkennen sein; ja ich bekenne offen, daß ich mir überhaupt nicht klar darüber habe werden können, welchen Begriff ich an den Ausdruck „Eidespflicht" knüpfen soll. Die Existenz einer etwaigen allgemeinen Verpflichtung zur Beeidung von Aussagen, wie es eine solche Pflicht zu Erstattung wahrheitsgemäßer Aussagen giebt, ist überhaupt nicht einzuräumen; der, welchem eine Eidesleistung obliegt, macht sich daher auch durch ein Zuwiderhandeln gegen diese Obliegenheit, d. h. durch Nichtleistung des Eides, nicht criminalrechtlich strafbar, vielmehr hat sein desfallsiges Gebahren entweder nur die Einleitung des Zwangsverfahrens oder aber gewisse parteiprozessuale Nachtheile im Gefolge; am wenigsten aber wird die Verletzung einer Eidespflicht in diesem Sinne durch die Meineidsvorschriften getroffen. Hätte aber etwa von Schwarze mit dem Ausdrucke „Eidespflicht" auf die Pflicht zur Eideswahrheit hingewiesen werden wollen, so läge doch wohl hierin im Grunde genommen eine Unterstützung der von mir vertretenen Ansicht; denn es hieße dies dann nichts Anderes, als daß die Verletzung der Verbindlichkeit zu Erstattung wahrheitsgemäßer Aussagen nur dann criminalrechtlich strafbar sein solle, dafern die

unter Berufung auf Gott gegebene Versicherung, die Aussagen dieser Verbindlichkeit entsprechend erstattet zu haben oder erstatten zu wollen, als eine unwahre sich herausgestellt habe.

Demnächst findet sich meines Erachtens auch noch an einer anderen Stelle des DStGB.'s eine, wenn auch minder durchschlagende Bestätigung dessen, daß das Bundesstrafgesetzbuch die Verpflichtung des Staatsbürgers zur wahrheitsgemäßen Aussage vor Gericht in ganz besondere Erwägung gezogen und eine Verletzung dieser Pflicht zu den von ihm behandelten „Materien" gerechnet haben dürfte. Ich habe hier §. 360 sub 8 im Sinne, woselbst ausdrücklich derjenige mit Strafe bedroht worden ist, „welcher sich eines ihm nicht zukommenden Namens einem zuständigen Beamten gegenüber bedient." Auch hierin glaube ich, wenn ich so sagen darf, eine Ausstrahlung jener „Materie" wiedererkennen zu sollen. Gewiß ließen sich auch noch manche andere solche Spuren auffinden. So würde es sich beispielsweise auch fragen, ob nicht bei dem Delict der falschen Anschuldigung (§. 164 des DStGB.'s), sowie bei dem in §. 138 des DStGB.'s behandelten Vergehen die Verletzung der Pflicht, vor Gericht die Wahrheit zu sagen, einen ebenso großen Antheil habe, als der Gesichtspunkt der Verläumdung und beziehentlich als die Rücksicht, daß jeder Staatsbürger zu Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der Rechtsordnung nach Kräften mitwirken müsse.

Endlich kommt doch wohl auch in Erwägung, daß man — soviel mir bekannt ist — im größten Theile des Nordd. Bundes die nichteidliche wahrheitswidrige Aussage criminalrechtlich nicht straft, und scheint mir die angestrebte Rechtseinheit gerade auch nach dieser Richtung hin eine gleichmäßige Beurtheilung der Bundesangehörigen wünschenswerth zu machen. Daß, wie man wohl einwenden könnte, namentlich in Preußen von dem Eide öfter Gebrauch gemacht wird, als Solches nach dem Stande unsrer Gesetzgebung erforderlich ist — ich erinnere nur an §. 45 der Preuß. Verordnung vom 3. Januar 1849, welche geradezu den Gegensatz zu der in Art. 224 der RStPO. enthaltenen Vorschrift bildet — und daß wir es daher mit einer

weit größeren Anzahl nichteidlicher Aussagen zu thun haben, als dies in Preußen der Fall ist: kann meines Bedünkens nicht so schwer wiegen, wie das Interesse daran, die Angehörigen zweier Nachbarländer, wenn irgend thunlich, criminalrechtlich mit ganz gleichem Maße gemessen zu sehen.

Zudem versteht es sich von selbst, daß es auch mit dieser meiner Auffassung ganz verträglich bleiben würde, eine wahrheitswidrige Aussage vor Gericht nicht ganz straflos zu lassen, vielmehr als eine Uebertretung zu ahnden (vergl. H. und sub Nr. 18). Eventuell hätte sich vielleicht ein Verfahren empfohlen, wie solches durch die Verordnung vom 6. November 1868 betreffs der Winkelschriftstellerei eingeführt wurde.

Recht wohl ist mir bewußt, daß diese meine Ansicht der Auffassung, welche der „die Bestrafung der wahrheitswidrigen Aussage vor öffentlichen Behörden" betreffenden Verordnung vom 10. December 1870 zu Grunde liegt, zuwiderläuft, und daß hieraus für mich um so größere Interpretationsschwierigkeiten resultiren müssen, je weniger ich mich von der bereits oben specieller dargelegten Ueberzeugung trennen kann, daß die Frage, ob einem Landesgesetze durch ein Bundesgesetz derogirt sei? lediglich von dem Richter beantwortet werden könne; indessen durfte mich dies selbstverständlich nicht abhalten, den vorstehenden Resultaten meiner Prüfung an dieser Stelle Ausdruck zu geben.

Uebrigens will ich noch einiger weiterer Zweifel gedenken, zu denen die allegirte Verordnung Veranlassung bieten könnte. Sie betreffen nur deren Fassung.

Im Schlußsatze des §. 3 wird angeordnet, daß „im Uebrigen die einleitenden Bestimmungen, sowie der erste Theil des DStGB.'s Anwendung leiden" sollen. Um dieser Vorschrift nachgehen zu können, muß man sich, da namentlich die Anwendbarkeit der Einzelbestimmungen dieses ersten Theils auf die Dreitheilung des §. 1 des DStGB.'s sich stützt, selbstverständlich vor allem darüber schlüssig machen, zu welcher der drei Delictsgruppen man die wahrheitswidrige Aussage zu rechnen habe. Ich glaube, man wird davon ausgehen müssen, es habe für

selbige in dieser Beziehung das zu gelten, was überhaupt betreffs der „Vergehen" Rechtens ist; es weist hierauf der in §. 1 Abs. 2 des DStGB.'s vorgezeichnete Strafrahmen und die an den §. 43 Abs. 2 des DStGB.'s erinnernde Bestimmung der Verordnung (§. 2 Abs. 4) hin, daß wegen Versuchs ein Strafverfahren nicht stattfinden solle.

Demnächst spricht §. 5 der Verordnung aus, daß die Vorschriften derselben mit dem 1. Januar 1871 in Kraft treten sollen. Es ist ihnen also rückwirkende Kraft nicht ausdrücklich beigelegt, und ebenso wenig beziehen sich auf sie die §. 43 der Ausführ.-Verordnung zum DStGB. enthaltenen Bestimmungen. Gleichwohl bin ich der Meinung, daß auch eine vor dem 1. Januar 1871 begangene und erst nach diesem Zeitpunkte zur Aburtheilung gelangende wahrheitswidrige Aussage eventuell nach der die Bestrafung von wahrheitswidrigen Aussagen betreffenden Verordnung vom 10. Januar 1870 geahndet werden müßte; es erscheint mir dies schon als eine Consequenz von §. 2 Abs. 2 des DStGB.'s.

23.

Art. 244 des RStGB.'s.

Dieser Artikel ist aufgehoben; auch war es in der That ganz entbehrlich, für das dort mit Strafe bedrohte Gebahren eine Sonderbestimmung zu treffen. Es wird selbiges inskünftige unter den Begriff der Beleidigung (§. 185 des DStGB.'s), sowie unter Umständen unter §. 176 sub 1 oder §. 183 des DStGB.'s fallen (E. F.).

24.

Art. 247 des RStGB.'s.

Daß dieser Artikel in Wegfall gekommen ist, scheint mir einem Zweifel nicht zu unterliegen. Die unerlaubte Selbsthülfe, welche darin behandelt wurde, stellte sich selbst nach der eigenen Auffassung des RStGB.'s (vergl. den zweiten Satz des Artikels) als dem Delicte der Nöthigung auf das Nächste verwandt dar, und wird auch in der That in den meisten Fällen durch die

Vorschrift des §. 240 des DStGB.'s zur Genüge getroffen werden. Wo letzteres nicht der Fall sein sollte, wird in der Regel ein Fall vorliegen, wo sich entweder auf die §§. 123, 124, 289, 303 u. s. w. des DStGB.'s recurriren läßt, oder wo ohnehin die Linie zwischen civil- und criminalrechtlichem Charakter des Gebahrens kaum mehr erkennbar bleibt.

Aber selbst dann, wenn man die enge Verwandtschaft mit dem Delicte der Nöthigung nicht einzuräumen vermöchte, würde man zugeben müssen, daß der Bestimmung des Art. 247 derogirt sei. Vor allem hätte man dann in Erwägung zu ziehen, daß der ganze Absch. XV. des StGB.'s über den Zweikampf von einer besonderen Form der unerlaubten Selbsthülfe handelt und daß, hätte der Thatbestand der letzteren noch in einer anderen Gestalt strafbar bleiben sollen, Solches gewiß ausgesprochen worden wäre; es würde dann ein solches Delict jedenfalls in dem Abschnitte VII. „Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung" seinen Platz gefunden haben.

Endlich läßt sich noch darauf hinweisen, daß man auch seinerzeit in Preußen nicht darüber in Zweifel war, wie durch das StGB. von 1851, welches gleichfalls keine besondere Strafbestimmung für unerlaubte Selbsthülfe enthielt, die bis dahin bestandenen desfallsigen Vorschriften aufgehoben worden seien*).

25.

Art. 265, 266, 267 des RStGB.'s.

Diese Strafvorschriften, welche die eigentliche malitiosa desertio behandeln, haben meines Erachtens ihre Gültigkeit behalten. Der im DStGB. behandelte Ehebruch ist doch eine zu entfernt verwandte Materie, um von dieser Richtung her eine derogatorische Kraft des Bundesgesetzes herleiten zu können.

---

*) Vergl. Goltdammer, Ergänzungen S. 155, sowie Wentzel, Ergänzungen S. 7.

26.

Art. 274 des RStGB.'s.

Meines Erachtens dürfte dieser Artikel als beseitigt anzusehen sein. Sein Thatbestand wird — soweit nicht eine unerlaubte Selbsthülfe in Frage steht (vergl. Nr. 24) — zur Genüge durch die Begriffsbestimmung des Betrugs und des furtum possessionis gedeckt (§§. 263, 289). Ich halte es überhaupt für richtiger, im ersten Falle, dessen Art. 274 gedachte, nicht sowohl auf Diebstahl — wie daselbst geschah — als vielmehr auf Betrug zuzukommen (E. F.).

27.

Art. 275 des RStGB.'s.

Dieser Vorschrift ist theils durch §. 242 des DStGB.'s, theils durch die sub Nr. 26 angezogenen Bestimmungen derogirt (E. F.).

28.

Art. 281 des RStGB.'s.

Dieser Artikel, welcher nur eine Verweisung auf das über Forst-, Feld-, Garten-, Wild-, Fisch- und Perlenmuschel-Diebstähle bestehende besondere Gesetz, d. i. das Forststrafgesetz vom 11. August 1855 enthält, giebt Anlaß, des letzteren mit einigen Worten zu gedenken.

Dasselbe gehörte offenbar seinem Hauptinhalte nach zu denjenigen „besonderen" Gesetzen, deren Fortbestehen neben dem DStGB. in Abs. 2 des §. 2 des Einführ.-Ges. ganz ausdrücklich hervorgehoben worden ist. Indessen ebensowenig läßt sich verkennen, daß selbiges eine größere Anzahl von Vorschriften mit umfaßte, welche durch das DStGB. als aufgehoben angesehen werden mußten. Dies bestimmte die Sächsische Regierung, die ihrer Ansicht nach nicht mehr aufrecht zu erhaltenden Bestimmungen auszuscheiden, und die danach allein noch gültigen Vorschriften in der Verordnung, „die Forstdiebstähle, sowie einige damit zusammenhängende Vergehungen betreffend", vom 10. December 1870 zusammenzufassen, als wodurch gleichzeitig das

Forststrafgesetz von 1855 völlig außer Wirksamkeit gesetzt werden sollte.

Fragt man nach den specielleren Gesichtspunkten, von denen aus bei dieser Umarbeitung verfahren worden sein möge, so wird man sich zunächst kaum in der Annahme täuschen, daß man die Entwendungen von Bestandtheilen des Bodens 2c., von jagdbaren Thieren, sowie von Fischen und Krebsen, deren das Forststrafgesetz im Art. 2 sub 3 und sub 6 verbunden mit Art. 5[2d] gedachte, durch §. 370 sub 2, sowie durch die §§. 292 bis 294, 368[11] des DStGB.'s getroffen erachtete. Demnächst war es wohl auch ganz richtig, wenn man davon ausging, die in Art. 2 sub 7 des Forststrafgesetzes aufgeführten Entwendungen von Perlenmuscheln seien an sich den in §. 2 des Einführ.=Ges. vorbehaltenen Gesetzgebungsgegenständen so fremd, daß man genöthigt sei, sie fernerhin nach den allgemeinen Vorschriften über den Diebstahl (§. 242 des DStGB.'s) beurtheilen zu lassen (G.). Nicht minder scheint mir es vollständig gerechtfertigt, daß man in Hinblick auf §. 368 sub 6 und 9 des DStGB.'s bei Erlaß der Verordnung auf die Vorschriften des Art. 9 sub 1, 2, 5 des Forststrafgesetzes nicht zurückkam. Endlich harmonirt es ganz mit den Bestimmungen der §§. 321, 322, 328, 368 sub 9 u. 10 des DStGB.'s, daß die bezüglichen Bestimmungen in Art. 10, 11, 13 des Forststrafgesetzes in der aus Art. 9, 10, 12 der Verordn. erkennbaren Weise modificirt worden sind, sowie denn auch bei der sonstigen neuen Fassung der in §. 3 des Einf.=Ges. getroffenen Bestimmung in ausgedehnter Maße Rechnung getragen worden ist.

Dagegen will es mir bedenklich erscheinen, daß man die in Art. 2 sub 1, 2, 4, 5 des Forststrafgesetzes gedachten Entwendungen von Garten= (Weinbergs=) und Feld= (Wiesen=) Erzeugnissen, sowie von Obst, Gras (Grummet, Heu), Düngungsmitteln und Pfählen (Wegweisern, Einfriedigungen) der Verordnung vom 10. December 1870 gänzlich entzogen und dadurch den Richter in die Nothwendigkeit gesetzt hat, in der Regel jede hierher gehörige Contravention mit den Strafen des gemeinen Diebstahls (§. 242 des DStGB.'s) zu belegen. — Ich kann nicht einräumen, daß genügende Veranlassung hierzu vorgelegen

haben sollte. Im §. 3 des Einführ.-Ges. werden unter Anderm auch die Feldpolizeigesetze ganz ausdrücklich denjenigen Gesetzen beigezählt, die durch das DStGB. nicht berührt würden. Ich glaube, man greift in der Annahme nicht fehl, daß Preußen hierbei ganz vorzugsweise an seine Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 (vergl. auch Preuß. Ges. vom 13. April 1856) dachte, und daß daher dieses Gesetz, soweit es nicht sonst durch den Inhalt des DStGB.'s modificirt worden ist, in Preußen nach wie vor gehandhabt werden wird. Zu den nicht abgeänderten Bestimmungen desselben gehören nun aber insbesondere auch folgende:

„§. 41. Mit Geldbuße von fünf Silbergroschen bis zu drei Thalern ist zu bestrafen, wer unbefugter Weise:

1. in Gärten, Obstanlagen, Weinbergen, oder auf Aeckern eine Nachlese hält,

5. das auf Grenzrainen, Gräben, Wegen oder Triften wachsende Gras oder sonstige Viehfutter abschneidet oder abrupft,

6. Dünger von Aeckern, Wiesen oder Weiden sammelt.

§. 42. Mit Geldbuße von zehn Silbergroschen bis zu zwanzig Thalern soll bestraft werden, wer unbefugter Weise:

2. aus Gärten, Weinbergen, Obstanlagen oder Alleen oder von Feldern, Aeckern oder Wiesen Gartenfrüchte, Feldfrüchte oder andere Bodenerzeugnisse von unbedeutendem Werthe oder in geringer Quantität entwendet.

§. 43. Mit Geldbuße von fünfzehn Silbergroschen bis zu zwanzig Thalern soll bestraft werden, wer unbefugter Weise:

2. Steine, Pfähle, Strohwische, Tafeln, Gräben oder ähnliche zur Abgrenzung, Absperrung oder Vermessung von Grundstücken dienende Merk- oder Wahrzeichen fortnimmt*), vernichtet oder sonst unkenntlich macht."

---

*) Die Preuß. Praxis schloß die Anwendung dieser Vorschrift auch dann nicht aus, wenn das „Fortnehmen" mit Aneignungsabsicht verbunden war; vergl. hierüber Oppenhoff, Commentar zu §. 215 des Preuß. StGB.'s.

Bei dieser Sachlage würde ich es für angezeigt befunden haben, auch nach dieser Richtung hin thunlichste Conformität herzustellen. Es wird gerade in Fällen der hier fraglichen Art eine weit fühlbarere Rechtsungleichheit geschaffen, als durch eine etwaige Gesetzesverschiedenheit bezüglich der schwereren und deshalb selteneren Verbrechen. Ich brauche hier nur daran zu erinnern, daß in Preußen fernerhin die vorgedachten Delicte bei §. 244 des DStGB.'s gar nicht mitzählen werden, während dies in Sachsen zumeist der Fall sein wird. Diese gewaltige Differenz wird namentlich die Bewohner benachbarter Grenzdörfer, die sehr häufig gerade bei den hier in Rede stehenden Vorgängen gemeinsame Sache machen, sehr empfindlich treffen.

Vielleicht tragen diese Bemerkungen zu Anregung der Frage bei, ob es nicht des Versuchs werth wäre, zwischen den Regierungen der Einzelstaaten eine Einigung über die Grundprincipien anzubahnen, nach welchen jeder Einzelstaat die gerade auf die Garten-, Feld- und Forstvergehen bezüglichen Particularvorschriften — wenngleich unter Schonung aller Provinzialeigenthümlichkeiten — einer Revision zu unterwerfen hätte. Es fordert hierzu insbesondere auch ein Vergleich des Sächs. Forstdiebstahls im engeren Sinne und des Preußischen „Holzdiebstahls" auf. Preußen faßt — soweit mir seine Gesetzgebung bekannt worden ist — den Holzdiebstahl gewissermaßen nur von polizeilichem Standpunkte und seine desfallsigen Strafbestimmungen lediglich als Ausfluß eines administrativen Forstschutzes auf; die milderen Bestimmungen seines Holzdiebstahlgesetzes leiden überhaupt nur Anwendung, wo ungefälltes Holz (beziehentlich Abraum, Borke u. s. w.) das Object war, und kommen daher in der Regel auch nur den armen Leuten zu Gute, die kleinere Quantitäten solches Holz entwendeten; — die desfallsigen Strafen bestehen dort — wie aus dem meines Wissens gegenwärtig noch maßgebenden Preuß. Gesetze vom 2. Juni 1852 zu ersehen ist — bei der ersten, zweiten und dritten Entwendung, und zwar selbst im Falle des Vorliegens gewisser Aggravationsmomente (z. B. Nachtzeit, Säge, Namenverschweigen u. s. w.) in einer den 4—8fachen Werth des Entwendeten repräsentirenden

Geldbuße, und lediglich wenn einer der in §. 9 ib. aufgeführten, besonders erschwerenden Thatumstände vorliegt, kann neben dieser Geldbuße auch auf Gefängniß bis zu 14 Tagen erkannt werden; — diese letztere Strafe tritt selbst dem dritten Diebstahle gegenüber unter Anderm erst dann ein, wenn durch Ausführung desselben dem Bestohlenen ein Schaden zugefügt worden ist, welcher nach Abrechnung des Werths des Entwendeten mehr als fünf Thaler beträgt; — erst der im dritten oder ferneren Rückfalle verübte Holzdiebstahl nimmt einen mehr criminellen Charakter an, kann jedoch immerhin höchstens mit zwei Jahren Gefängniß geahndet werden. — In welchem Contraste hiermit steht nicht die Sächsische Auffassung, welche auch die Entwendung von gefällten Hölzern den allgemeinen Diebstahlsbestimmungen entzieht und dabei andrerseits den Fall zuläßt, daß für den bisher noch unbestraften Forstdieb eine Strafe bis zu 10 Jahren Gefängniß ausfallen kann!

29.

Art. 288 des RStGB.'s.

Das RStGB. behandelte die rechtswidrige Verpfändung fremder Sachen von drei verschiedenen Gesichtspunkten aus, und stellte den der Unterschlagung an die Spitze. Das DStGB. gedenkt eines solchen Gebahrens nicht mit ausdrücklichen Worten, doch wird solches, soweit es mit Aneignungsabsicht unternommen wurde, ganz zweifellos unter §. 246 des DStGB.'s fallen. Damit sind zugleich die milderen Formen, unter denen das Delict auftreten kann, als straflos erklärt (vergl. B. E., sowie die Motiven S. 123).

30.

Art. 291 des RStGB.'s.

Das Preuß. StGB. gedachte im §. 226 unter Anderem ausdrücklich des Delicts des Funddiebstahls und stellte selbiges dem Vergehen der Unterschlagung dann gleich, dafern der Finder die gefundene Sache veräußert habe u. s. w. Aus den Motiven zum DStGB. geht mit Evidenz hervor, daß man auch fernerhin das Gebahren mit einer gefundenen Sache, dafern

selbigem die Absicht einer rechtswidrigen Aneignung (vergl. auch §§. 239 flg. des BGB.'s) zu Grunde lag, nach den Vorschriften über Unterschlagung (§. 246 des DStGB.'s) geahndet, dagegen im Uebrigen straflos lassen wollte (Motiven S. 123). Art. 291 des RStGB.'s ist daher in seinem ganzen Umfange beseitigt (B. E.).

31.

Art. 295 des RStGB.'s.

Diese Vorschrift hat sich dadurch erledigt, daß nach dem DStGB. die Strafen der Eigenthumsverbrechen sich nicht mehr nach dem Werthsbetrage abstufen. Es verliert daher nach dieser Richtung hin auch Art. 185 der RStPO. seine Bedeutung.

32.

Art. 304—309 des RStGB.'s.

Die Sächsische Regierung hat unterm 10. December 1870 eine Verordnung erlassen, welche Vorschriften über die Bestrafung des von Nichtkaufleuten begangenen böslichen oder leichtsinnigen Bankerutts enthält. Dieselbe macht dabei von §. 88 der Verfassungsurkunde Gebrauch, und geht von der Anschauung aus, es seien die Bestimmungen der Art. 304 — 309 des RStGB.'s, soweit sie sich auf die Bestrafung der Nichtkaufleute bezögen, durch das DStGB. nicht aufgehoben worden; zumal in §. 2 Abs. 3 des Einführ.=Ges. ausdrücklich ausgesprochen sei, daß bis zum Erlasse eines Bundesgesetzes über den Concurs die rücksichtlich des Concurses in den Landesgesetzen enthaltenen Strafvorschriften insoweit in Kraft bleiben sollten, als sie sich auf Handlungen bezögen, über die das DStGB. Nichts bestimme. Uebrigens hat es sich die Verordnung, wie ihre §§. 2, 3, 5 ergeben, zur Aufgabe gestellt, die hauptsächlicheren Handlungen, welche in Sachsen für Nichtkaufleute auch fernerhin strafbar sein sollen, genau so abzugrenzen, wie Solches in §. 281 sub 1, 2, §. 282, §. 283 sub 1 des DStGB.'s betreffs des kaufmännischen Bankerutts geschehen ist.

Die Gründe für und wider diese Auffassung sind schon mehrfach discutirt worden; ich meinerseits halte die letzteren

für durchaus überwiegend. Will man bei Abwägung der desfallsigen Argumente zu einem befriedigenden Abschluß gelangen, so hat man sich, wie ich glaube, die Frage, ob die Art. 304 flg. des RStGB.'s, und zwar in ihrem ganzen Umfange, durch die Bestimmungen der §§. 281—283 des DStGB.'s als beseitigt anzusehen seien, zunächst ohne alle Rücksicht auf die in §. 2 Abs. 3 des Einführ.-Ges. enthaltene Vorschrift vorzulegen. Thut man dies, so kann ihre Bejahung wohl keinem Zweifel unterliegen. Der Bankerutt ist ganz zweifellos eine „Materie" im Sinne des Abs. 1 des cit. §.; — der Unterschied, ob er von Kaufleuten oder Nichtkaufleuten begangen worden ist, bezieht sich nur auf die Delicts*form* (E.); — ich kann ebensowenig sagen, daß, weil die §§. 281 flg. des DStGB.'s in erster Linie nur von Kaufleuten sprechen, über den dortigen Thatbestand, insoweit er auf Nichtkaufleute übertragbar sei, annoch von den Einzelstaaten gesetzgeberisch verfügt werden könne, als etwa die Folgerung Berechtigung haben würde, daß es, da das DStGB. nur von einer criminalrechtlich strafbaren Untreue und Verschwiegenheitsverletzung von Seiten der in den §§. 266, 300, 355 gedachten Personen handle, den Landesgesetzgebungen unbenommen sei, ein gleiches criminalrechtlich strafbares Delict auch auf Seiten anderer Personen zu statuiren. — Auch die Motiven zum DStGB. unterstützen diese Auffassung; namentlich scheint mir die Bemerkung beachtenswerth, mit der man unter Anderem die die Specialexecutionen betreffende Vorschrift des §. 288 des DStGB.'s zu rechtfertigen gesucht hat; es heißt in dieser Beziehung: letztere könne auch die Lücke, welche immerhin in dem Mangel an Vorschriften gegen das Bankeruttiren von Nichtkaufleuten gefunden werde, in gewissem Grade ausfüllen (S. 136, 138). — Weiter glaube ich geltend machen zu dürfen, daß ja die §§. 281 flg. des DStGB.'s gar nicht ausschließlich die Kaufleute behandeln; §. 282 gedenkt sogar ausdrücklich der Nichtkaufleute. Zwar geschieht letzteres nur bezüglich ihres etwaigen Verhaltens einem kaufmännischen Bankerutt gegenüber, indessen man sollte meinen, gerade darin, daß es dieselben nur nach dieser Richtung hin in's Auge faßte, könne ein Beleg dafür gefunden werden, wie deren

Verhalten ihrem eigenen Concurse gegenüber straflos bleiben solle. — Endlich ließe sich wohl auch hier dem Umstande nicht alle Bedeutung absprechen, daß man sich auch in Preußen bisher ohne criminalrechtliche Bankeruttbestimmungen für Nichtkaufleute zu behelfen wußte.

Freilich läßt sich nicht verkennen, daß einzelne dieser Argumente an Gewicht verlieren, wenn man ihnen den Vorbehalt, welcher in Abs. 3 des §. 2 betreffs der auf den „Concurs" bezüglichen Particularvorschriften anerkannt worden ist und die Reichstagsverhandlungen, welche hierauf Bezug haben, entgegenhält (vergl. Stenogr. Ber. Bd. II. S. 718 flg., 1177 flg.). Indessen, sowie mir letztere nicht den Eindruck machen, als ob man sich der Bedeutung und Tragweite jenes Vorbehalts nach allen Richtungen hin klar bewußt worden sei, so scheint mir auch überhaupt von den Gegnern der von mir vertretenen Auffassung zu wenig Gewicht auf den Zusatz gelegt zu werden, daß jene Particularvorschriften nur in Kraft bleiben sollen, „insoweit dieselben auf Handlungen sich beziehen, über welche das DStGB. Nichts bestimme." Mir bleibt es dieser ausdrücklich hinzugefügten Einschränkung gegenüber schlechterdings bedenklich, den Vorbehalt auf irgend eine der „Handlungen" zu erstrecken, die in den §§. 281 flg. des DStGB.'s als Thatbestandsmomente des Bankerutts — wenn auch zunächst nur auf Kaufleute bezüglich — bezeichnet worden sind. Ich würde meinen, man kann jenen Vorbehalt schon der Wortfassung nach kaum anders als dahin auffassen, wie dabei das Inkraftbleiben von landesgesetzlichen Concursstrafvorschriften nur insoweit anerkannt worden sei, als Ordnungsstrafen u. s. w., sowie beziehentlich solche „Handlungen" von Nichtkaufleuten in Frage stünden, die, von Kaufleuten begangen, nach dem DStGB. nicht strafbar wären. Aber selbst diese letztere Ausdehnung scheint mir zu derartigen Inconvenienzen zu führen*), daß es zweifelhaft erscheinen muß, ob man nicht besser

*) Diese Inconvenienzen werden auch in Schwarze's Commentar zum DStGB. S. 44, wennschon dort im Allgemeinen eine andere Ansicht vertreten wird, anerkannt.

thun würde, Abs. 3 des §. 2 überhaupt nur auf die Ordnungsvorschriften zu beziehen, die für Kaufleute und Nichtkaufleute gleichmäßig noch fernerhin Anwendung finden sollten.

Soviel übrigens die redactionelle Fassung der Verordnung vom 10. December 1870 anlangt, so möchte ich dreierlei hervorheben. Zunächst darf man wohl unbedenklich den §. 6 derselben in Verbindung mit §. 1 Abs. 2 und §. 43 Abs. 2 des DStGB.'s dahin auffassen, daß die Verordnung den einem Nichtkaufmanne zur Last fallenden Bankerutt als „Vergehen" behandelt sehen und den Versuch eines solchen straflos lassen wollte. — Sodann möchte ich auf die Fassung des Abs. 2 des §. 3 aufmerksam machen; es wird dort der Ausdruck gebraucht: „Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Geldstrafe 2c. ein." Diese Fassung weicht durchaus von derjenigen ab, deren sich das DStGB. da bedient, wo es betreffs eines Vergehens mildernde Umstände nachläßt; es ist dort ausnahmslos gesagt: „Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann 2c. eintreten." Es dürfte sich in der That fragen, ob es in der Absicht gelegen habe, diesen Unterschied zu schaffen. — §. 8 giebt zu der nämlichen Bemerkung Veranlassung, die ich bereits sub Nr. 22 am Schlusse zu machen Gelegenheit genommen habe.

33.

Art. 316 des RStGB.'s

Meines Bedünkens zweigt sich „die Verleitung zur Flucht aus der Familie", welche in diesem Artikel behandelt wurde, von dem allgemeinen Thatbestande ab, welcher auch der in §§. 236 flg. des DStGB.'s mit Strafe bedrohten Entführung zu Grunde liegt; hauptsächlich nur der specielle Zweck, welcher bei der Entführung beabsichtigt wird, modificirt jenen Thatbestand. Auch decken sich die Thatbestände des Art. 316 des RStGB.'s und des ersten Satzes des §. 235 des DStGB.'s, welcher eine den Begriff des Verbrechens des Menschenraubes ergänzende Bestimmung enthält, fast vollständig. Ich halte daher den Art. 316 für beseitigt (E. F.).

34.

Art. 319 des RStGB.'s.

Der Thatbestand dieses Artikels ist ein Ausläufer des Betrugs und wird daher fernerhin, soweit er nicht den Begriffsmerkmalen des §. 263 des DStGB.'s entspricht, und soweit nicht Specialgesetze über Abgabenhinterziehungen bestehen, criminalrechtlich straflos bleiben müssen (E. F.).

35.

Art. 330 des RStGB.'s.

Die Vorschriften dieses Artikels darf man als aufgehoben ansehen; der Abs. 1 resp. der zweite Satz des Abs. 2 fällt unter den Begriff des Diebstahls (§. 242 des DStGB.'s), der erste Satz des Abs. 2 wird durch §. 370 sub 6 des DStGB.'s zur Genüge gedeckt, die Fälle des Abs. 3 müssen, soweit nicht ein furtum usus im Sinne des §. 290 des DStGB.'s vorliegt, in Wegfall kommen (E. F.), und dem Abs. 4 und 6 entsprechen die Strafbestimmungen in §§. 263, 303, 304 des DStGB.'s.

36.

Art. 339 des Alten StGB.'s.

§. 132 des DStGB.'s bedroht Denjenigen mit einer criminellen Strafe, wer unbefugt sich mit Ausübung eines öffentlichen Amtes befaßt oder eine Handlung vornimmt, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf. Da zu den „öffentlichen Aemtern" im Sinne des DStGB.'s nach §. 31 ausdrücklich auch die Advocatur gerechnet wird, so möchte es zweifelhaft sein, ob nicht auch die Winkelschriftstellerei zum Theil unter jene Bestimmung fallen, und insoweit auch die Verordnung, „die Bestrafung der Winkelschriftstellerei betr." vom 6. November 1868, welche durch die Aufhebung des Art. 339 des Alten StGB.'s ins Leben gerufen wurde, modificirt worden sein dürfte. Wenigstens würde man dies insoweit annehmen müssen, als man zu der Ansicht gelangen sollte, daß die Anfertigung von gewissen Schriften in Rechtssachen ein ausschließlich den Advocaten aufgetragenes Geschäft sei.

37.

Art. 354, 355, 360, 361 des Alten StGB.'s.

Die auf die gewerbmäßige Unzucht, die Beförderung der Unzucht, die öffentliche Verletzung der Sittlichkeit und die Thierquälerei bezüglichen Vorschriften der Publicationsverordnung des RStGB.'s sub XV. und XVI., welche seinerzeit an die Stelle der Art. 354, 355, 360, 361 des Alten StGB.'s traten, sind durch die den desfallsigen Thatbestand deckenden §§. 361[6], 180, 183, 184, 360[13] des DStGB.'s in Wegfall gekommen (vergl. auch §. 2 der Verordnung vom 14. December 1870).

38.

Art. 371 des RStGB.'s.

Die in diesem Artikel mit Strafe bedrohte „Verletzung der Dienstpflicht" ist fernerhin nicht mehr criminalrechtlich strafbar, da davon ausgegangen werden muß, der hierher gehörige Thatbestand solle überhaupt nur dann, wenn er in der in §. 266 des DStGB.'s behandelten Form und bei den dort vorausgesetzten Personen vorkomme, dem Criminalrichter verfallen (E.).

39.

Art. 372 des RStGB.'s.

In den Bestimmungen der §§. 300, 355 des DStGB.'s dürfte zugleich die Erklärung liegen, daß eine Verletzung pflichtmäßiger Verschwiegenheit nur auf Seiten der dort bezeichneten Personen criminell geahndet werden soll. Dafern diese Ansicht richtig ist, läßt sich auch die Wegfälligkeit des Art. 372 des RStGB.'s, welcher nur eine andere Form desselben Thatbestandes behandelt, kaum bezweifeln (E. F.).

40.

Art. 374 des RStGB.'s.

Abs. 4 dieses Artikels kann als fortbestehend angesehen werden, da er nur einem administrativen Satze Ausdruck giebt.

Die übrigen drei Absätze erledigen sich schon anläßlich dessen, daß überhaupt alle Amtsdelicte fortan ex officio zu verfolgen sind.

Präjudizien.

Materielles Strafrecht.

1.

Die Zurücknahme eines wegen einer Beleidigung gestellten Strafantrags involvirt nicht ohne Weiteres einen Verzicht auf das Recht der Compensation im Sinne des Art. 243 des RStGB.'s.

Erk. vom 11. Nov. 1870 no. 970|937.

Der Bescheid hat den vom Denunciaten N. geltend gemachten Gegenbeleidigungen „in Hinblick auf die nach Bl. erfolgte Zurücknahme des betreffenden Strafantrages für die gegenwärtige Entscheidung allen Einfluß" abgesprochen. Dieser Auffassung ließ sich nicht beitreten. Das Recht zu Stellung eines Strafantrags ist mit dem Rechte der Aufhebung wechselseitiger Beleidigungen nicht dergestalt eng verbunden, daß der Wegfall des ersteren auch ein Befugniß der letzteren Art aufhöbe; es ist sehr wohl mit einander vereinbar, wenn Jemand auf das Recht der Strafverfolgung verzichtet und gleichwohl sich vorbehält, die Thatsachen, auf die er ohne jenen Verzicht zur Strafantragsstellung berechtigt gewesen sein würde, zur Abwehr der eigenen Bestrafung zur Geltung zu bringen. Es würde daher, um dem Denunciaten dieses auf Abs. 1 des Art. 243 des RStGB.'s gestützte Recht zu wahren, nicht einmal des von ihm Bl. ausdrücklich gemachten Vorbehalts bedurft haben.

2.

Ein Fall, in welchem die Anwendung des Art. 247 des RStGB.'s durch das Vorhandensein der Vorbedingungen von §. 183 des BGB.'s ausgeschlossen wurde.

Verordn. vom 2. Dec. 1870 no. 1036|1027.

Der angefochtene bezirksgerichtliche Beschluß beruht auf der Annahme, daß der vorliegende Fall nach §. 179 des BGB.'s zu beurtheilen sei und gelangt auf Grund dieser Annahme zu der Folgerung, daß, weil die thatsächlichen Voraussetzungen einer nach dieser Gesetzesvorschrift erlaubten Selbsthülfe nach der eigenen Sachdarstellung des Privatangeklagten B. nicht als vorhanden angenommen werden könnten, der von dem Privatangeklagten im Wesentlichen als richtig zugegebene Thatbestand als unerlaubte Selbsthülfe dem Art. 247 des RStGB.'s zu unterstellen sei.

Das OAG. hat dieser Rechtsansicht nicht beitreten können. Der §. 179 des BGB.'s betrifft den Fall der Selbsthülfe, in welchem der Schuldner durch Wegnahme von Sachen oder auf sonstige Weise genöthigt werden soll, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen. Dieser Fall ist offenbar ein anderer, als der hier vorliegende, in welchem es sich gar nicht, wie in jenem, um das Verhältniß eines Gläubigers zu seinem Schuldner, sondern um zwei, unter einander in gar keinem Obligationsverhältnisse stehende Miethbewohner desselben Hauses handelt, von denen der Eine ihm zugehörige Sachen, bestehend in einer Anzahl Oefen, Ofentheilen und Kisten, in der Flur des gemeinschaftlichen Wohnhauses aufgestellt hatte, der Andere aber, welcher nur durch diese Hausflur zu seiner Miethwohnung gelangen konnte, die gedachten Gegenstände eigenmächtig aus der Hausflur wieder hat entfernen lassen, um die durch deren Aufstellung verursachte Verengung der letzteren und dadurch bedingte Erschwerung des nothwendigen Durchganges durch dieselbe zu beseitigen. Auf diesen Fall leidet nicht §. 179, sondern §. 183 des BGB.'s Anwendung, welcher die eigenmächtige Entfernung fremder Sachen unter Andern dann gestattet, wenn letztere den Gebrauch einer eigenen Sache hindern und die Entfernung zu Abwendung dieses Nachtheils vorgenommen wird.

Diese Voraussetzungen sind in dem vorliegenden Falle als vorhanden anzusehen. Denn wenn auch in dem §. 183 von einer eigenen Sache die Rede ist, deren Gebrauch durch die fremde Sache gehindert worden sein muß, um die eigenmächtige Entfernung der letzteren gerechtfertigt erscheinen zu lassen, so ist doch diese gesetzliche Vorschrift, wie die Motiven dazu ausdrücklich besagen, nicht auf den Eigenthümer der Sache beschränkt, sondern auch auf andere Nutzungsberechtigte, wie z. B. den Nießbraucher und in ähnlichen Verhältnissen zu dem Eigenthümer stehende Personen auszudehnen. Zu diesen Personen gehört unstreitig auch der Miether einer fremden Sache, und zwar, sofern es sich um eine Wohnungsmiethe handelt, nicht blos rücksichtlich der an ihn zu seinem ausschließlichen Gebrauche vermietheten Localitäten, sondern auch in Ansehung derjenigen Räumlichkeiten, welche, wie die Hausflur, zugleich die Bestimmung haben, den sämmtlichen Bewohnern des Hauses den Zugang zu ihren Wohnungen zu vermitteln und dadurch den ordnungsmäßigen Gebrauch der letzteren erst zu ermöglichen.

Ebensowenig ist daraus ein Bedenken gegen die Anwendung des angezogenen Gesetzes auf den vorliegenden Fall zu entnehmen, daß dasselbe eine „Hinderung" des Gebrauchs als die Bedingung seiner Anwendbarkeit bezeichnet. Denn dieser Ausdruck setzt schon nach seiner sprachgebräuchlichen Bedeutung nicht nothwendig den Fall einer gänzlichen Entziehung des Gebrauches voraus, sondern ist auch auf den Fall einer bloßen Gebrauchserschwerung anwendbar. Es würde auch eine so beschränkende Auslegung voraussetzlich der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen, welches überhaupt den freien und ungeschmälerten Gebrauch von Sachen unter den in dem angezogenen Paragraphen gedachten Voraussetzungen unter den Schutz der Selbstvertheidigung des Gebrauchsberechtigten gestellt wissen will. Nun würde man zwar zu weit gehen, wollte man jede, vielleicht noch so geringfügige Unbequemlichkeit schon für genügend ansehen, um die Vornahme einer Maßregel zu rechtfertigen, welche immerhin einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre enthält und nach dem angezogenen Gesetzesparagraphen unter Umständen bis zur Beschädigung, ja selbst bis zur Vernichtung der fremden Sache ausgedehnt werden darf. Allein eine Verengung der Hausflur, wie sie nach

Privatanklägers eigener Angabe in dem vorliegenden Falle stattgefunden hatte, und welche von diesem selbst als eine erhebliche bezeichnet wird, kann nicht als eine bloße Unbequemlichkeit angesehen werden, sondern stellt sich als eine wirkliche Hemmung des Verkehrs dar, welche, indem sie den freien Zugang zu den einzelnen Miethwohnungen erschwert, zugleich mittelbar die Inhaber der letzteren an deren vertragsmäßiger Benutzung behindert. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß dem Privatankläger nach dessen Angabe die Aufstellung von Sachen der gedachten Art in der Hausflur von dem Eigenthümer des Hauses stillschweigend, oder, wie er behauptet, sogar ausdrücklich gestattet worden sein soll, da durch eine solche Gestattung in das Recht der übrigen Abmiether auf ungehinderten Durchgang durch die Hausflur nicht eingegriffen werden konnte, sofern ihnen nicht etwa die Duldung dieser Gebrauchserschwerung von dem Vermiether schon bei dem Contractsabschlusse zur Pflicht gemacht worden wäre. Daß dies in dem vorliegenden Falle geschehen sei, ist von dem Privatankläger gar nicht behauptet worden.

Bei dieser Sachlage konnte von einer Erörterung der Frage abgesehen werden, ob der Privatangeklagte nach dem angezeigten Thatbestande überhaupt in dem Falle gewesen wäre, zur Abwehr der ihm zugefügten Rechtsverletzung, wie in Art. 247 des RStGB.'s zu Annahme einer strafbaren Selbsthülfe vorausgesetzt wird, die richterliche oder obrigkeitliche Hülfe in Anspruch zu nehmen, namentlich ob hierbei — da ihm, dem Privatankläger selbst gegenüber, mit welchem er, wie bereits erwähnt, in keinem Obligationsverhältnisse stand, die Betretung des Rechtsweges nach dieser Richtung verschlossen war — die ihm allerdings zu Gebote gestandene Füglichkeit, durch eine gegen seinen Vermiether anzustellende Contractsklage die Beseitigung der in Rede stehenden Durchgangserschwerung auf mittelbarem Wege herbeizuführen, als eine solche Gelegenheit zu Anrufung der richterlichen Hülfe angesehen werden könnte, deren Vorhandensein eine nach Art. 247 strafbare Selbsthülfe, wenn sonst die Voraussetzungen einer solchen vorlägen, bedingen würde. Denn die Anwendung dieses Artikels ist schon dadurch ausgeschlossen, daß der angezeigte Fall an sich nur die thatsächlichen Unterlagen einer nach dem BGB. erlaubten Selbsthülfe darbietet.

Es ist demnach, in Beachtung der eingewendeten Beschwerde, dem bezirksgerichtlichen Beschlusse keine Folge zu geben, vielmehr wider den Privatangeklagten B. mit weiterem Verfahren Anstand zu nehmen.

3.

Ob der Herausforderer zum Zweikampfe von dieser seiner Herausforderung freiwillig wieder zurückgetreten sei? ist Thatfrage. — Art. 249 des RStGB.'s setzt das Wiederaufgeben eines bereits von beiden Parteien beschlossen gewesenen Zweikampfes voraus.

Erk. vom 9. Dec. 1870 no. 1065|1044.

Die vorige Instanz hat in Uebereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Bescheide thatsächlich festgestellt, daß in Folge stattgefundener Differenzen zwischen dem Angeschuldigten R. und dem ernannten V. Ersterer den Letzteren unter dem 22. November 1869 brieflich zum Zweikampfe mit tödtlichen Waffen herausgefordert, daß jedoch V. diese Herausforderung abgelehnt und dies R.'n am 29. November unter dem gleichzeitigen Verlangen ihm zu leistender Abbitte, sowie unter Bedrohung mit Anzeige für den Unterlassungsfall durch eine an denselben abgesendete Mittelsperson zu wissen gethan, endlich, daß der Angeschuldigte R. hierauf noch an demselben Tage den bei den Acten befindlichen Brief vom 29. November an V. geschrieben und in diesem Briefe die von ihm ausgegangene Herausforderung fallen gelassen, damit aber seinerseits den beabsichtigten Zweikampf, und zwar freiwillig und aus eigener Bewegung wieder aufgegeben habe.

Das OAG. verkennt nun zwar nicht die dieser letzteren Beweisannahme sich entgegenstellenden Bedenken, namentlich vermag dasselbe nicht abzusehen, wiefern die Annahme einer freiwilligen Rücktrittserklärung vom Zweikampfe — sofern eine solche überhaupt aus dem Inhalte des nurberegten Briefes entnommen werden könnte — sich mit der ferner erwiesenen Thatsache vereinigen läßt, daß diese briefliche Erklärung erst erfolgte, nachdem der Geforderte die Ausforderung abgelehnt hatte und dem Angeschuldigten die Ab-

lehnung des Letzteren und dessen eventuelle Drohung mit Anzeige bekannt worden war. Da indessen jener Ausspruch unzweifelhaft der thatsächlichen Feststellung angehört, so mußte sich das OAG. daran nach Art. 351, Abs. 1 der RStPO. für gebunden erachten.

Die vorige Instanz hat aber nach den vorbemerkten Ergebnissen der Untersuchung noch weiter für erwiesen angenommen, daß die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginne aus eigener Bewegung wieder aufgegeben haben, und ist auf Grund dieser Annahme dazu gelangt, in Uebereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Bescheide den in Art. 249 des RStGB.'s bezeichneten Strafausschließungsgrund als vorhanden anzusehen. An diese Annahme war man jedoch in gegenwärtiger Instanz nicht gebunden, da dieselbe, wenn schon in dem vorigen Erkenntnisse als eine dem Beweisgebiete angehörige bezeichnet, doch in Wirklichkeit nicht als eine thatsächliche Feststellung, sondern nur als eine rechtliche Folgerung erscheint, insofern sie nach den ihr zu Grunde gelegten Ausführungen nicht als das factische Ergebniß für erwiesen erachteter thatsächlicher Voraussetzungen hingestellt, sondern auf die Rechtsansicht gegründet ist, daß die Anwendung des Art. 249 in allen den Fällen stattzufinden habe, in welchen nach erfolgter Herausforderung „die Parteien sich in dem Entschlusse begegnen, daß der Zweikampf nicht stattfinden solle", und daß daher der Herausforderer auf die in dem angezogenen Artikel zugesicherte Straflosigkeit auch dann Anspruch habe, wenn, wie in dem vorliegenden Falle, der Zweikampf noch nicht von beiden Theilen beschlossen worden sei, vielmehr der Geforderte gleich von vornherein die Ausforderung abgelehnt und der Herausforderer unter diesen Umständen von dem Zweikampfe ebenfalls abgesehen habe. Diese Rechtsansicht aber, auf welche die vorige Instanz ihre auf Freisprechung des Angeschuldigten wegen der ihm beigemessenen Herausforderung zum Zweikampfe gerichtete confirmatorische Entscheidung gegründet hat, ist von dem Staatsanwalte mit Recht als eine unrichtige bezeichnet worden. Zunächst steht derselben schon die klare Wortfassung des Art. 249 des RStGB.'s entgegen, nach welchem die Strafe der Herausforderung, sowie der Annahme derselben dann wegfallen soll, wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn aus eigener Bewegung oder auf Zureden wieder aufheben.

Von einer Wiederaufgabe des Zweikampfes Seiten der Parteien kann aber selbstverständlich nur dann die Rede sein, wenn er vorher von beiden Theilen beschlossen war. Der Art. 249 des RStGB.'s setzt daher nothwendig eine von dem andern Theile angenommene Herausforderung voraus. Ebensowenig wird die Auslegung, welche die vorige Instanz dem Art. 249 gegeben hat, durch die von derselben geltend gemachten justizpolitischen Erwägungen unterstützt. Denn wenn, wie auch das OAG. keineswegs bezweifelt, durch die in Art. 249 für gewisse Fälle zugesicherte Straflosigkeit auf Verhütung des Zustandekommens beabsichtigter Zweikämpfe hingewirkt werden soll, so ist doch andererseits klar, daß es dieser Zusicherung zu dem gedachten Zwecke dann nicht bedarf, wenn der Geforderte gleich von vornherein die Ausforderung ablehnt, da es ja hier schon in Folge dieser Ablehnung zu der Ausführung des Zweikampfes nicht kommen kann. Für den Gesetzgeber lag sonach keine Veranlassung vor, jene Zusicherung auch auf den letzteren Fall auszudehnen. Nur das Eine könnte, und zwar ebenso nach der Tendenz des Art. 249, wie nach dessen Wortfassung zweifelhaft sein, ob nämlich derselbe so zu erklären sei, daß, in dem Falle eines verabredeten Zweikampfes, beide Theile denselben wieder aufgegeben haben müssen, wenn die in dem angegebenen Artikel gewährleistete Straflosigkeit überhaupt und auch nur für Einen derselben eintreten soll, oder ob der Herausforderer, sowie der Geforderte Jeder für seine Person die Verschonung mit Strafe — Jener für die Herausforderung, Dieser für die Annahme derselben — zu beanspruchen hat, wenn er selbst den Zweikampf freiwillig wieder aufgiebt. Man kann indeß von einer Entscheidung dieses Zweifels gegenwärtig absehen, da bei der ersteren, wie bei der letzteren Auslegung ein von beiden Theilen beschlossener Zweikampf, also ein Fall vorausgesetzt wird, welcher hier erwiesenermaßen nicht vorliegt.

Es war daher, wie geschehen, auf das Rechtsmittel des Staatsanwaltes das vorige Erkenntniß, insoweit dadurch die in der ersten Instanz erkannte Klagfreisprechung des Angeschuldigten wegen Herausforderung zum Zweikampfe — welcher Freisprechung übrigens richtiger die Form der Straffreisprechung zu geben gewesen wäre — bestätigt worden ist, als nichtig wieder aufzuheben und die Sache

zu anderweiter Entscheidung, bei welcher die vorstehend entwickelten Rechtsansichten zur Anwendung zu bringen sein werden, an die vorige Instanz zurückzuweisen.

Strafprozeßrecht.

1.

Aus der Unterlassung der in Art. 41b der RStPO. angeordneten Vorladung des Vertheidigers zur Einspruchsverhandlung kann, dafern auch der Angeschuldigte in letzterer nicht erschienen war, von diesem eine Nichtigkeitsbeschwerde hergeleitet werden.

Erk. vom 11. Nov. 1870 no. 961/961.

Nach Art. 41b der RStPO. soll wegen einer bevorstehenden Einspruchsverhandlung, dafern ein Vertheidiger zur Annahme von Ladungen bei den Acten bevollmächtigt ist, an denselben jedenfalls, mithin neben der an den Angeschuldigten etwa selbst gerichteten, eine Ladung erlassen werden. Dieser Vorschrift ist im vorliegenden Falle, ungeachtet der bei den Acten befindlichen, ganz vollständigen, alle und jede durch den Gang der Untersuchung bedingte Handlungen für den Privatangeklagten umfassenden, namentlich auch auf die Einwendung von Rechtsmitteln und deren Ausführung, sowie auf Vornahmen, welche ein specielles Mandat erfordern, gerichteten Vollmacht, nicht entsprochen worden und hiernach weder Privatangeklagter selbst, noch dessen Vertheidiger in dem am 13. Oct. 1870 abgehaltenen Verhandlungstermine erschienen. Wenn nun das OAG. die Eingangs erwähnte, das Verfahren betreffende Vorschrift für wesentlich erachtet, weil außerdem der Angeklagte, welcher im Vertrauen auf dieselbe das persönliche Erscheinen unterläßt, unverschuldeter Weise der Wahrnehmung seines Vertheidigungsrechtes sich beraubt sehen würde, so ist die wegen dieser Formverletzung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde allerdings für begründet zu erachten gewesen. Als Folge hiervon ergiebt sich aber, daß weder die abgehaltene Ver-

handlung noch die auf Grund derselben abgefaßte Entscheidung zu Recht bestehen könne, vielmehr die Wiederholung derselben unter Beobachtung der mehrgedachten gesetzlichen Vorschrift angeordnet werden mußte.

2.

Die Feststellung der die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens begründenden Thatsachen gehört zur Competenz der Geschwornen und darf insbesondere auch der Schwurgerichtshof eine solche, von dem Fortstellungserkenntnisse abweichende Annahme seiner Entscheidung nicht zu Grunde legen, ohne daß nach Maßgabe des §. 53 Abs. 1 des Geschw.-Verf.-Ges. eine Frage hierüber an die Geschwornen gerichtet wurde.

Erk. vom 30. Dec. 1870 no. 1111|1100.

Nach §. 53 Abs. 1 des das Verfahren in den vor die Geschwornengerichte gewiesenen Untersuchungssachen betreffenden Gesetzes vom 1. October 1868 kann in solchen Untersuchungssachen der verurtheilte Angeklagte das Erkenntniß des Schwurgerichtshofes mit der Nichtigkeitsbeschwerde dann anfechten, wenn eine Frage an die Geschwornen nicht gestellt worden ist, welche durch das Ergebniß der Verhandlung unzweifelhaft geboten war. Die Absicht, von diesem Befugnisse gegenüber dem Erkenntnisse Gebrauch zu machen, hat der Angeklagte bei Begründung der wider jenes Erkenntniß rechtzeitig erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde durch Hinweisung darauf, daß der Gerichtshof die einzelnen dem Angeklagten schuldgegebenen Handlungen als Fortsetzung eines und desselben Verbrechens angesehen, hierauf aber keine Frage an die Geschwornen gerichtet habe, mit der nach Art. 88 Abs. 1 der RStPO. erforderlichen Bestimmtheit ausgesprochen, und es hat auch das OAG. nach folgenden Erwägungen in dieser Richtung die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gerechtfertigt befunden. Durch das Verweisungserkenntniß war der Angeklagte

1) wegen vollendeter Brandstiftung und
2) wegen beendigten Versuchs eines theilweise ausgezeichneten Betrugs

vor das Geschwornengericht verwiesen und zwar bezüglich des Zusammentreffens beider Rechtsverletzungen im Allgemeinen unter Bezugnahme auf Art. 78 des RStGB.'s, ohne Hindeutung darauf, daß man zwischen den verschiedenen einzelnen Handlungen den die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens rechtfertigenden Zusammenhang für thatsächlich und rechtlich angezeigt angesehen habe.

Durch das Anklageerkenntniß war somit die Stellung einer auf das Vorhandensein eines fortgesetzten Verbrechens gerichteten Frage an die Geschwornen nicht geboten, es entsprach vielmehr diesem Erkenntnisse und der Vorschrift in §. 54 Abs. 3 des vorangezogenen Gesetzes vom 1. October 1868 die Aufstellung der Fragen, von denen die erste die vollendete Brandstiftung, die zweite, dritte, vierte und fünfte aber den beendigten Versuch theilweise ausgezeichneten Betrugs betrifft.

Das Erkenntniß des Schwurgerichtshofes hat nun aber, anstatt auf die rechtliche Beurtheilung der durch den auf jene Fragen ertheilten Wahrspruch festgestellten Thatsachen sich zu beschränken, die beiden Verbrechen, deren der Angeklagte für schuldig erklärt worden, als ein fortgesetztes Verbrechen deshalb angesehen,

> „weil nach der durch die Handlungsweise des Angeklagten bekundeten Willensrichtung desselben sowohl die Brandstiftung, als auch die betrügerischen Handlungen für ihn nothwendig zusammengehörende und nur in ihrer Gemeinschaftlichkeit wirkungsvolle Mittel waren, sich Geld zu verschaffen."

In diesen Worten ist offenbar nicht eine rechtliche Beurtheilung durch den Wahrspruch festgestellter Thatsachen, sondern eine neben dem Wahrspruche stehende thatsächliche Feststellung enthalten.

Die so festgestellten Thatumstände gehören nun aber keineswegs zu den nur auf die Abmessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Strafgrenzen nach Art. 73 flg. des RStGB.'s Einfluß habenden und deshalb in §. 59 des Gesetzes vom 1. October 1868 der Fragstellung an die Geschwornen entzogenen, betreffen vielmehr die, die Gesetzesanwendung bedingende rechtliche Natur der in Frage kommenden Verbrechen.

Wenn daher — wie nach dem Inhalte des Enderkenntnisses zweifellos der Fall gewesen ist — der Schwurgerichtshof nach dem

Ergebnisse der stattgefundenen Verhandlungen die Beantwortung der Frage, ob zwischen den beiden dem Angeklagten zur Last gelegten Verbrechen der thatsächliche Zusammenhang eines fortgesetzten Verbrechens stattgefunden habe, für geboten erachtete, so mußte diese Frage auch den Geschwornen entweder in Verbindung mit den Hauptfragen, oder als besondere Nebenfrage vorgelegt, sie durfte nicht von dem Schwurgerichtshofe beantwortet werden.

Darauf, ob durch die unterlassene Fragstellung der Angeklagte benachtheiligt worden sei, ist hierbei nicht einzugehen gewesen, da §. 53 des Gesetzes vom 1. October 1868 ebensowenig, wie Art. 349 der RStPO. zur Begründung der dem Verurtheilten zustehenden Nichtigkeitsbeschwerde den Nachweis eines demselben aus der verhangenen Nichtigkeit erwachsenen Nachtheiles erfordert. Schon allein der vorstehend nachgewiesene Umstand, daß eine durch das Ergebniß der Verhandlung unzweifelhaft geboten gewesene Frage an die Geschwornen nicht gerichtet worden ist, hat auf die deshalb von dem Verurtheilten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nach der schon angezogenen Gesetzesvorschrift zur Cassation des angefochtenen Erkenntnisses und zugleich, da die verhangene Nichtigkeit durch eine anderweite Entscheidung allein nicht geheilt werden kann, nach §. 97 des Gesetzes vom 1. October 1868 verbunden mit Art. 352 Abs. 1 der RStPO. zur Zurückweisung der Sache an das zuständige Geschwornengericht zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung führen müssen.

3.

Ueber das Requisit der Zustimmung des Angeklagten zu den in §. 65 Abs. 4 des Geschw.-Verf.-Ges. behandelten Maßnahmen der Vertagung &c.

Erk. vom 7. Nov. 1870 no. 927/929.

Die für die Angeklagte von deren Sachwalter erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist darauf begründet worden, daß §. 65 Absatz 4 des Gesetzes vom 1. October 1868, das Verfahren in den vor die Geschwornengerichte gewiesenen Untersuchungssachen betreffend, nicht beobachtet worden sei. Denn durch das Erkenntniß der Anklage-

kammer sei die K. wegen beendigten Versuchs der Kindestödtung — Art. 159 verbunden mit Art. 39 und 40 des RStGB.'s — zur Hauptverhandlung vor das Geschwornengericht verwiesen, in der Verhandlung selbst aber die Anschuldigung auf das mindestens gleichschwere Verbrechen der Aussetzung einer hülflosen Person unter Umständen, unter denen die Rettung der ausgesetzten Person mit Wahrscheinlichkeit nicht erwartet werden konnte — Art. 163 unter 1 des RStGB.'s — erstreckt und die eventuell hierauf gerichtete Frage von den Geschwornen bejaht, auch das Enderkenntniß demgemäß abgefaßt worden. Hierzu aber sei nach der bereits angezogenen Vorschrift des Gesetzes vom 1. October 1868 die Zustimmung des Staatsanwaltes und der Angeklagten erforderlich gewesen und da diese nicht eingeholt worden, leide das ganze Verfahren an Nichtigkeit. —

Man kann es nun für den vorliegenden Fall ganz dahingestellt sein lassen, ob die Vorschrift im vierten Absatze von §. 65 dann überhaupt Anwendung leide, wenn es sich nicht um neue, während der Verhandlung hervortretende thatsächliche Momente und um deren rechtliche Beurtheilung, sondern lediglich um eine veränderte Auffassung und rechtliche Beurtheilung derselben Thatsachen handelt — obschon die Ansicht, daß die gedachte Vorschrift solchenfalls keine Anwendung leide, in der Fassung des zweiten und dritten Absatzes von §. 65 eine nicht unwesentliche Unterstützung findet, an welche sich dann der vierte Absatz dergestalt anschließt, daß derselbe füglich nur auf die beiden unmittelbar vorausgehenden Abschnitte bezogen werden kann.

Schwarze, die Strafprozeßgesetze im Königreich Sachsen, Bd. II. S. 57.

Für den vorliegenden Fall aber erscheint es jedenfalls entscheidend, daß die nach dem vierten Absatze von §. 65 erforderliche Zustimmung von Seiten der Angeklagten thatsächlich in unverkennbarer und schlechterdings nicht mißzuverstehender Weise erklärt worden ist.

Denn nach dem Protocolle über die Schwurgerichtsverhandlung wurden nach schriftlicher Mittheilung der Fragen an die Staatsanwaltschaft und an die Vertheidigung, wie ausdrücklich bemerkt und

am Schlusse vorgelesen worden, „keine Einwendungen dagegen erhoben“, es wurde auch von dem Vertheidiger ausdrücklich der Antrag gestellt, daß die Fragen 1, 2, 3, 4, 5 und 6 — also auch die auf Aussetzung einer hülflosen Person bezüglichen — „verneint werden müßten.“

Dies muß im vorliegenden Falle um so gewisser für Zustimmung zu dem Fortgange der Verhandlung erachtet werden, als die Vertheidigung nicht nur die Gelegenheit, sondern auch im Falle einer andern der Angeklagten vortheilhaften Auffassung die Veranlassung und die Verpflichtung gehabt hätte, diese ihre Auffassung geltend zu machen.

Civilrecht.

1.

Ueber nichtige Rechtsgeschäfte — BGB. §§. 81, 89, 103, 107, 787, 1984.

II. Sen.-Erk. vom 16. Juli 1869 no. 458/456.

Gegen die Schlüssigkeit der von dem Beklagten vorgeschützten Ausflucht ist, auch nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz, ein gegründetes Bedenken nicht zu erheben. Denn ist der Pflegbefohlene des Beklagten bereits an dem Tage, an welchem er die Bl. gedachte Waare von dem Kläger erkauft haben soll, handlungsunfähig gewesen, so ist dieser Kauf nach der Vorschrift in §§. 81 und 89 des BGB.'s ein absolut nichtiges Rechtsgeschäft und nach §. 103 so anzusehen, als wenn derselbe gar nicht abgeschlossen worden wäre. Hieraus folgt aber von selbst, daß dem Kläger ein Recht auf Bezahlung der geforderten Kaufgelder in diesem Falle nicht zustehen würde. Die weitere Behauptung des Klägers, daß Beklagtens Pflegbefohlener die erkaufte Waare übergeben erhalten und in Empfang genommen habe, würde nur dann, und zwar da absolut nichtige Rechtsgeschäfte durch spätere Genehmigung nicht convalesciren, als ein neues Rechtsgeschäft in Betracht gelangen können,

wenn sich der Käufer bei dieser Empfangnahme wieder in handlungsfähigem Zustande befunden hätte (vgl. §. 1984 des BGB.'s), was jedoch nach Beklagtens Angaben nicht der Fall gewesen ist.

Das vom Kläger vermißte Erbieten des Beklagten zur Zurückgabe der gelieferten Waare gehörte nicht zur Schlüssigkeit der Ausflucht, welche sich nur mit der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes zu beschäftigen hatte, auf welches die gegenwärtige, die Erfüllung des letzteren bezweckende Klage gegründet worden ist. Die Beantwortung der Frage, ob der Kläger die aus einem nichtigen Rechtsgeschäfte erfolgte Leistung vermittelst einer condictio sine causa zurückzufordern, oder ob und unter welchen Voraussetzungen derselbe eventuell Schadenersatz von Beklagtens Pflegbefohlenem zu beanspruchen berechtigt sei, liegt ganz außer dem Bereiche der im gegenwärtigen Rechtsstreite zu ertheilenden richterlichen Entscheidung, welche sich nach bekannten prozeßrechtlichen Grundsätzen auf die Statthaftigkeit der Forderung zu beschränken hat, welche den Gegenstand der Klage bildet.

Der Kläger hat auch keine Ursache, sich darüber zu beschweren, daß ihm das vorige Urthel die Ausführung des Bl. bezeichneten Vorbringens im Gegenbeweise freistellt, ohne zur Zeit über die Schlüssigkeit desselben definitiv zu erkennen. Es ist zwar nach dermaligem Prozeßrechte richtig, wenn Kläger bemerkt, daß sich das Interlocut in der Regel über die Schlüssigkeit der vorgeschützten Ausflüchte auszusprechen habe. Allein das OAG. würde sich nicht in der Lage befinden, die Relevanz der im Replikfatze angeführten, in zweiter Instanz vervollständigten Angaben anzuerkennen, ohne damit der formell noch offen gebliebenen und auf Klägers Berufung auch jetzt noch offen zu erhaltenden Entscheidung in dem künftigen Definitiverkenntnisse vorzugreifen, und will man den Kläger nur auf Folgendes zu seiner eigenen Erwägung aufmerksam machen.

Das replikatorische Vorbringen besteht im Wesentlichen in der Behauptung, daß Beklagtens Pflegbefohlener die ihm gelieferte Wolle weiter verkauft, daß er wegen des Kaufpreises dafür von seinem Abkäufer hypothekarische Sicherstellung erlangt und der Beklagte selbst diese Forderung beim Concurse des Käufers angemeldet und damit den angeblich nichtigen Vertrag genehmigt habe. Der Beacht-

lichkeit dieses Anführens steht nun die Erwägung entgegen, daß nach den Vorschriften des BGB.'s §. 107 in Verbindung mit §. 787

Siebenhaar, Commentar, Bd. I. S. 145, 2. Ausg.

nur anfechtbare und solche Rechtsgeschäfte, welche von einer beschränkt handlungsfähigen Person eingegangen worden sind, durch spätere Ratihabition convalesciren, während die von einer, wegen Geisteskrankheit des Vernunftgebrauchs beraubten Person abgeschlossenen Rechtsgeschäfte absolut nichtig sind und nur den Inhalt eines neuen Rechtsgeschäftes bilden können. Sollte der Abschluß eines solchen in den eigenen Handlungen des Pflegbefohlenen überhaupt zu erblicken sein, so würde dieses neue Rechtsgeschäft im Falle der fortdauernden Handlungsunfähigkeit ebenso nichtig sein, wie der ursprüngliche Kaufvertrag. Ob aber, wie Kläger annimmt, in der Geltendmachung, beziehentlich Anmeldung der gedachten Kaufgelderforderung bei dem Concurse des dritten Käufers durch den Vormund der Abschluß eines neuen Rechtsgeschäftes zu finden sei, ist, abgesehen noch davon, ob ein solches ohne vormundschaftliche Decretsertheilung gültig gewesen wäre, als eine mindestens sehr zweifelhafte Frage zu betrachten.

2.

Ueber die Bestimmung des Objects beim Immobilienkaufe nach Flurbuch 2c., beziehentlich Foliennummer.

II. Sen.-Erk. vom 8. Febr. 1870 no. 987|1006 v. 1869.

Die Ansicht der Klägerin, daß bei Veräußerungsverträgen über Grundstücke der Inhalt des Grundbuchs für die Bestimmung des Kaufsobjectes maßgebend sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Das Object des Kaufes, welches bekanntlich auch in einem ideellen oder einem räumlich gesonderten Theile der auf einem Grundbuchsfolium eingetragenen Grundstücke bestehen kann, hängt auch bei diesen Verträgen von der freien Entschließung der Contrahenten ab, und die Art und Weise, wie sie dieses Object in der, zur Perfection des Vertrags nach §. 822 des BGB.'s erforderlichen Urkunde bezeichnen wollen, um etwaigem Zweifel darüber vorzubeugen, ist

ihrem Ermessen anheim gegeben. Die Bl. ersichtliche Urkunde wird zwar von den Parteien hin und wieder eine Kaufspunktation genannt, ist aber ihrer Unterschrift und ihrem Inhalte nach keine, blos vorläufige Punktation, sondern eine, den Erfordernissen des §. 822 vollkommen entsprechende Schrift, welche alle wesentlichen Erfordernisse des Kaufvertrags, insbesondere auch eine Bezeichnung des Kaufgegenstandes enthält und den Vertrag als ein abgeschlossenes Geschäft bezeichnet, man ist daher auch berechtigt, den Inhalt dieser Urkunde als entscheidend für die Bestimmung des Kaufobjectes anzusehen. In derselben ist der Verkäufer „als Besitzer der beiden Parzellen Nr. 278, 278 b des Flurbuchs von L. sammt den beiden darauf erbauten Wohnhäusern“ und als Gegenstand der Veräußerung

„die genannte Parzelle 278 sammt dem darauf befindlichen Wohnhaus mit allen darauf haftenden Rechten ꝛc., kurz wie dieses Grundstück der Zeit steht und liegt“,

aufgeführt worden. Eine Beziehung auf die Einträge in der ersten Rubrik des Foliums im Grundbuche findet sich in der Urkunde nicht, das Folium wird vielmehr in derselben überhaupt gar nicht erwähnt. Die Bezeichnung des Grundstückes ist also nach dem Flurbuche erfolgt und diese Art der Bezeichnung ist auch zweckmäßig, weil das Grundbuch über die örtliche Lage und die natürlichen Grenzen der eingetragenen Grundstücke nur in seiner Verbindung mit dem Flurbuche und den Flurkarten Auskunft giebt, so daß erst vermittelst der Vergleichung der letzteren mit der örtlichen Lage und den natürlichen Grenzen eines gewissen Grundstückes der Nachweis geliefert werden kann, daß dieses Grundstück und auf welchem Folium dasselbe eingetragen worden sei.

Siebenhaar, Commentar, Bd. I. S. 307 und 347 ed. II.
Annalen, N. F. Bd. II. S. 325.

Auf Grund der Kaufsurkunde ist daher die Klägerin nur berechtigt, dasjenige Grundstück mit dem darauf befindlichen Gebäude zu beanspruchen, welches zur Zeit des Kaufsabschlusses in dem Flurbuche für L. unter der Nummer 278 eingetragen war, und nur in dem Umfange und nach den Grenzen, welche dasselbe zu dieser Zeit nach dem Flurbuche und den Flurkarten hatte. Beruht es daher in

Wahrheit, daß der streitige Streifen Landes bereits vorher von der Parzelle 278 abgetrennt, räumlich abgesondert und mit der Parzelle 278b verschmolzen, diese Veränderung auch unter obrigkeitlicher Mitwirkung in dem Flurbuche und dem Menselblatte nachgetragen worden ist, so findet auch die Behauptung, daß sie diesen Streifen Land mit erkauft habe, in der Urkunde A keine genügende Unterstützung mehr.

Die Klägerin ist der Meinung, daß ihr hiergegen die Berufung auf die Oeffentlichkeit des Grundbuchs zur Seite stehe, worin diese Veränderung allerdings noch nicht verlautbart worden ist. Da sich die vorige Instanz in dieser Beziehung noch nicht definitiv ausgesprochen hat, so will man sich auf die Appellation der Klägerin, auf einige Bemerkungen beschränken, welche der künftigen Beantwortung der dem Enderkenntnisse überlassenen Frage nicht vorgreifen sollen.

Die Klägerin scheint bei ihrer Deduction zu übersehen, daß nur dritte Personen, welche das Eigenthum oder andere Rechte an Grundstücken durch ihre Eintragung in das Grundbuch erworben haben, zum Schutze dieser Rechte die Oeffentlichkeit des letzteren für sich geltend machen können, während für die handelnden Personen, also namentlich die Contrahenten eines Vertrages, auf Grund dessen eine solche Eintragung erfolgt ist, oder erst noch erfolgen soll, unter sich die Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher diese Wirkung nicht hat. Für die Beurtheilung der Rechte und Pflichten, welche zwischen den vertragschließenden Personen entstanden sind, kann nur der Inhalt des Vertrages selbst als maßgebend betrachtet werden, und es kann sich daher der Käufer eines Grundstückes, selbst wenn er bereits eingetragen worden ist, dem Verkäufer gegenüber nicht mit der Oeffentlichkeit des Grundbuches schützen, wenn erwiesen wird, daß ihm nach dem Vertrage nur ein Theil und nicht das ganze auf dem Folium eingetragene Grundstück verkauft worden ist, wie dies in

Siebenhaar's Commentar, Bd. I. S. 202

näher entwickelt worden ist. Der Inhalt des Folium 285 hätte nur in einer anderen Beziehung, nämlich in Beziehung auf die Auslegung des Vertrages von Einfluß werden können, wenn man

nämlich annehmen wollte, es habe die Klägerin bei dem Abschlusse des Kaufes von der Voraussetzung ausgehen können, daß ihr die Flurparzelle 278 in dem Umfange verkauft werden solle, welchen dieselbe zu der Zeit gehabt, wo sie in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen worden ist.

3.

Zur Lehre von der Ersitzung einer Wegegerechtigkeit — BGB. §§. 538, 539, 552, 553, 588.

II. Sen.-Erk. vom 30. Decbr. 1869 no. 845/897.

Es ist richtig (vgl. §. 538 des BGB.'s), daß eine Grunddienstbarkeit auf dem ganzen herrschenden und dem ganzen dienenden Grundstück haftet. Dieser, auf der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten beruhende Grundsatz schließt aber nicht aus, daß sich eine solche Dienstbarkeit in ihrer Ausübung auf einen räumlich bestimmten Theil des dienenden Grundstückes beschränken, und in dieser Beschränkung durch Vertrag oder Ersitzung erworben werden kann, weil gerade dieser Theil allein oder vorzugsweise die für das herrschende Grundstück förderlichen natürlichen Eigenschaften besitzt. Es folgt daraus (vgl. §. 539 des BGB.'s), daß in Fällen dieser Art bei einer räumlichen Theilung des dienenden Grundstückes nur noch derjenige Theil, auf welchen die Ausübung der Grunddienstbarkeit beschränkt ist, als das dienende Grundstück gilt. Daß insbesondere bei dem Rechte des Fußsteiges und des Fahrweges die Richtung und die Breite des Weges durch Vertrag oder Ersitzung bestimmt werden können, ist in §§. 552, 553 des BGB.'s ausdrücklich anerkannt, und ebenso besteht, nach §. 588, auch in diesen Beziehungen der Grundsatz tantum praescriptum, quantum possessum.

Der Kläger und seine Vorbesitzer hätten durch Ersitzung das Recht des Fußsteiges und Fahrweges auf Beklagtens Flurstück Nr. 33 an jeder hierzu geeigneten Stelle des letzteren erwerben können. Allein der Kläger beansprucht dieses Recht nur an einem, zu diesem Flurstück gehörigen Streifen Landes, und die natura loci ist so beschaffen, daß, weil diese Parzelle im Uebrigen mit Holze bestanden und auch früher bereits bestanden gewesen ist, nur der

vom Holze entblößte Streifen die zur Ausübung der streitigen Grunddienstbarkeit taugliche Beschaffenheit hatte. Wäre dargethan, daß Kläger und bez. sein Vorbesitzer diesen Streifen Landes zum Gehen und Fahren behufs der Bewirthschaftung ihrer östlich gelegenen Grundstücke benutzt hätten, so würde allerdings darauf, ob sie dabei innerhalb der Grenzen dieses Landstreifens sich mehr nach der einen oder mehr nach der andern Seite hin gehalten, wenig ankommen, die hauptsächliche Aufgabe des Beweises bestand aber jedenfalls darin, darzuthun, daß und in welcher Weise während der Ersitzungszeit auf diesem Streifen Landes, mithin auf fremdem Grund und Boden gegangen und gefahren worden sei.

Die Schwierigkeit dieses Beweises liegt in den örtlichen Verhältnissen. Die Richtigkeit der hierüber vom Kläger erstatteten Angaben und der Handzeichnung hat sich bei der abgehaltenen Localexpedition im Wesentlichen zwar bestätigt und man kann sich hierbei auf die actenmäßigen Zusammenstellungen beziehen. Wünschenswerth und zweckmäßig wäre es aber gewesen, wenn dem Bl. zu lesenden Antrage des Beklagten entsprochen, namentlich aber auch die Lage und Beschaffenheit des Bl. erwähnten, nach Art. 64 zu Klägers Gute gehörigen Gutsweges, welcher sich nach dem Ausspruche der Sachverständigen auf Klägers Parzelle Nr. 181 längs der ganzen Parzelle Nr. 33 an der Grenze hinzieht, nach der Angabe des Sachverständigen M. 3—4 Ellen breit ist und nur mit dem nördlichst gelegenen Gleise über die Grenzlinie hinausreicht, näher erörtert und dabei angegeben worden wäre, ob sich, wie der ebenerwähnte Sachverständige zu Punkt 4 bestätigen zu wollen scheint, neben diesem Gutswege und auf dem fraglichen Streifen Landes noch ein, äußerlich als solcher erkennbarer, Wegetract befindet. Auch aus dem, was über die Vorzeigung der Oertlichkeit an die Zeugen gesagt worden, ist nicht abzunehmen, ob dieselben sich über diese Punkte gehörig orientirt haben und welchen Weg sie meinen, wenn sie bei ihrer Abhörung von einem, auf der Handzeichnung oder in Natur ihnen vorgezeigten Wege sprechen, zumal auf der Handzeichnung auf dem mit eee bezeichneten Streifen Landes kein Fahrweg besonders markirt ist.

Wie nun aber von der vorigen Instanz mit Recht hervorge-

hoben worden ist, konnte unter solchen örtlichen Verhältnissen sehr leicht eine zeitweilig eingetretene, an sich geringe Veränderung der Wegelinie den Erfolg haben, daß entweder blos auf Klägers eigenem Grund und Boden oder in mehr oder weniger räumlichem Umfange auf Beklagtens Parzelle Nr. 33 gefahren oder gegangen wurde. Auch ist die Bemerkung richtig, daß durch etwaige einzelne Ausschreitungen, vermöge deren neben dem Gutswege des Klägers gegangen, oder nach Befinden um leichter abbiegen zu können, auf Beklagtens Grund und Boden herüber gefahren wurde, eine diesfallsige Grunddienstbarkeit durch Ersitzung nicht hätte erworben werden können. Denn erstens bedarf es zur Ersitzung einer Grunddienstbarkeit solcher Ausübungshandlungen, aus denen der Wille und die Ueberzeugung, ein Recht auszuüben, zu erkennen ist, und diese opinio juris kann bei einzelnen Ausschreitungen dieser Art, namentlich wenn sie von Dritten, Dienstleuten oder Pachtern ausgeht, nicht vorausgesetzt werden. Zweitens aber würde sich ohne den Nachweis ganz specieller, gleichmäßiger Besitzacte der Umfang, in welchem eine in der Mitbenutzung des Nachbargrundstückes bei dem Begehen oder Befahren des eigenen Weges bestehende Grunddienstbarkeit erworben worden sei, nicht bestimmen lassen.

4.

Zu §. 802 des BGB.'s. — Ermessen eines der Contrahenten.

II. Sen.-Erk. vom 15. Febr. 1870 no. 62/41 *).

In §. 14 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags ist allerdings gesagt:

„den Anfang der Arbeit im Frühjahr und die Beendigung derselben im Herbst hat Hr. H. (Beklagter) zu bestimmen.“

Allein da es offenbar im Interesse beider Contrahenten gelegen, daß das Ziegelbrennen möglichst lange im Jahre betrieben werde, so

*) Kläger vom Beklagten als Ziegelmeister auf Tantieme angestellt, war von diesem vorzeitig entlassen und klagte u. A. seine Emolumente ein. Beklagter bestritt die Füglichkeit einer Berechnung in Hinblick auf die im Text gegebene Vertragsclausel, wie ersichtlich ohne Beifall der Instanzen.



darf man füglich von der Voraussetzung ausgehen, daß durch den nurangezogenen §. 14 die Bestimmung der Zeit für den Anfang und das Ende der Arbeit nicht der reinen Willkühr des Beklagten, sondern dessen vernünftigem Ermessen anheim gegeben werden sollen. Hierauf weist auch der Umstand hin, daß gleichzeitig festgesetzt worden, Beklagter habe alle Frostschäden allein zu tragen. Es werden also die Sachverständigen bei Berechnung des Schadens, welcher Klägerm dadurch erwachsen, daß Beklagter ihn durch seine Entlassung am ferneren Ziegelbrennen verhindert, sich die Frage zu stellen haben, bis wie lange in dem Jahre 1866 in der Chemnitzer Gegend ein verständiger Ziegeleibesitzer wohl Ziegel werde haben brennen lassen.

5.

Ueber die Tragweite des §. 820 des BGB.'s.

II. Sen.-Erk. vom 1. Juli 1869 no. 430/429.

Die Vorschrift des §. 820 des BGB.'s ist nicht auf gewerbmäßige oder gewerbliche Leistungen beschränkt, sondern bezieht sich auf alle Fälle, in welchen nach den Umständen anzunehmen ist, daß die Leistung gegen eine Vergütung erfolge. Ebensowenig wird in Folge jenes Umstandes der abgeschlossene Verdingungsvertrag in einen Mandatcontract dergestalt verwandelt, daß Kläger bei der Annahme von Arbeitsleuten zu Ausführung des ihm von dem Beklagten übertragenen Baues nur als Beauftragter des Beklagten anzusehen und daher nach §. 1314 des BGB.'s lediglich die Erstattung der an jene Arbeitsleute bezahlten Löhne als Auslagen fordern könne. Vielmehr war Beklagter nicht behindert, den in der Klage erwähnten Verdingungsvertrag mit dem Kläger, obwohl derselbe nicht Maurermeister ist, abzuschließen, wie sich denn auch derselbe durch den Abschluß verpflichtet hat, für die Ausführung der Bauten, soweit für dieselben nicht bestimmte Preise bedungen worden, die auf das Ermessen des Klägers gestellten Vergütungen zu gewähren.

6.

Vergütung für Leistungen nach billigem Ermessen des Fordernden — BGB. §. 820. — Billigst?

II. Sen.-Erk. vom 2. Dec. 1869 no. 812/822.

Die Parteien sind darüber einverstanden, daß für die dem Kläger von dem Beklagten übertragenen Bauten und Arbeiten ein bestimmter Lohn oder Preis weder im Ganzen noch nach Einheiten irgend einer Art vereinbart worden ist. Es schlägt somit hier die Bestimmung in §. 820 des BGB.'s ein, nach welcher ein Vertrag, bei welchem eine Preis- oder Lohnvereinbarung nicht getroffen worden ist, gleichwohl aber nach den Umständen anzunehmen ist, daß die Leistung nur gegen eine Vergütung erwartet werden konnte, als auf eine solche Vergütung gerichtet anzusehen ist, welche auf das billige Ermessen des Fordernden gestellt ist.

Zu keinem andern Resultate ist zu gelangen, wenn man davon ausgeht, Kläger habe bei Uebernahme der fraglichen Bauten erklärt, er werde dieselben auf das Billigste und so billig, als es ihm nur möglich sei, herstellen. Einen Verzicht auf jeden Vortheil, oder die Zusage, die Bauten dem Beklagten um den Selbstkostenpreis herstellen zu wollen, enthält eine derartige Erklärung offenbar nicht. Von einer Uebertheuerung würde daher — den Nachweis der Kundenüblichkeit der angesetzten Löhne und Preise vorausgesetzt — nur dann die Rede sein können, wenn nachgewiesen würde, daß Kläger überhaupt seinen Kunden allzuhohe, seinen Leistungen nicht entsprechende Preise anzusetzen pflege. Dieser, der Natur der Sache nach mit dem Nachweise der Unangemessenheit der gemachten Ansätze zusammenfallende Nachweis liegt aber selbstverständlich dem Gegner des Fordernden ob.

Commentar zum BGB. Bd. II. §. 820 S. 108 ed. II.

Um jedoch im vorliegenden Falle dem Beklagten einen solchen Nachweis nachlassen zu können, hätte es der Geltendmachung von Specialitäten, sowie einer genaueren Quantification der behaupteten Uebersetzung bereits im Laufe des Verfahrens um so gewisser bedurft, als sich bei dem Mangel einer solchen speciellen Begründung des gedachten, als Exception aufzufassenden Vorbringens nicht ein-

mal ersehen läßt, ob überhaupt ein Fall in Frage ist, in welchem auf formellen Beweis interloquirt werden kann. Der erhobene Einwand des Beklagten, daß, da er selbst nicht Sachverständiger sei, es Sache der im Beweisverfahren zu benennenden Experten sein werde, die bezüglichen Details anzugeben, erscheint nicht stichhaltig. Offenbar würde der Beklagte nach seinem Zugeständnisse in pct. l. c. 31 schon vor der Klagerhebung, jedenfalls aber nach Insinuation der Ladung auf die erhobene Klage und der dabei erfolgten Zufertigung der Klagbeifuge A. in der Lage gewesen sein, sich wegen der auszustellenden Details mit einem geeigneten Sachverständigen zu vernehmen. Ohne Beibringung solcher speciellen Ausstellungen mangelt es dagegen dem ganz allgemeinen Bestreiten der Angemessenheit der gemachten Ansätze an der schlüssigen Begründung und es konnte demselben daher eine weitere Wirkung, als daß dem Kläger insoweit annoch die eidliche Bestärkung der behaupteten Kundenüblichkeit seiner Preisansätze auferlegt werde, nicht beigelegt werden.

7.

Bürgschaft? Creditauftrag? Empfehlung? Versprechen der Acceptation von Wechseln wegen der Schuld eines Dritten? — BGB. §§. 824, 1301, 1449 flg.

II. Sen.-Erk. vom 10. Febr. 1870 no. 12/22.

Wie bereits in der vorigen Instanz (AG. Leipzig) bemerkt worden ist, konnte aus der Thatsache allein, daß der Beklagte wiederholt Wechsel, welche von dem Kläger zur Deckung seiner Waarenforderungen an die Firma R. und H. zu R. auf ihn gezogen worden sind, acceptirt und bezahlt hatte, noch keineswegs eine Verpflichtung des letzteren gegen den Kläger, das Gleiche auch für die Zukunft zu thun, hergeleitet werden.

Es hätte vielmehr, um eine Verpflichtung dieser Art zu begründen, eines hierauf besonders gerichteten Vertrags, Bürgschaft oder Creditauftrag, bedurft. In den in der Klage angeführten Thatsachen hat man aber auch in gegenwärtiger Instanz kein den Beklagten in diesem Umfange gegen den Kläger verpflichtendes Moment zu erblicken vermocht.

Der Kläger erwähnt zunächst,

1.

daß bei der (anscheinend ersten) brieflichen Bestellung der Firma R. und H. vom 3. October 1865 die Inhaber dieser Firma ihn ersucht hätten, den Facturenbetrag auf Beklagten zu entnehmen. Der Beklagte habe laut Briefs vom 20. October 1865 die Zuschrift der Firma R. und H. bestätigt und bemerkt, „daß Klägers Firma für die Sendungen an R. und H. bei ihm accreditirt sei." Diese Bemerkung läßt sich jedoch im Zweifel nur auf die, zufolge der damaligen, von dem Beklagten bestätigten Bestellung zu bewirkenden Waarenabsendungen beziehen, über deren Facturenbeträge der Beklagte einen Wechsel zu acceptiren bereit war, sowie denn auch Kläger selbst dieses Geschäft als ein durch Zahlung der acceptirten Wechsel abgethanes bezeichnet und sich für die Folgezeit auf neue Vorgänge bezieht. Es sollen nämlich

2.

in einem Briefe vom 30. Januar 1866 R. und H. eine fernere Bestellung auf Glaswaaren bei dem Kläger gemacht und den letzteren ersucht haben, „nicht mehr auf Beklagten zu trassiren, sondern Rimessen aus R. zu erwarten." Als sich Kläger geweigert, hierauf einzugehen, soll im Monat März 1866 der Associé der Firma R. und H., H. H., gegen den Kläger die ebenerwähnte Proposition zurückgenommen, um Ausführung der brieflich gemachten Bestellung gebeten und den Kläger unter dessen Acceptation ersucht haben, alle diese und auch die künftigen Facturenbeträge für R. und H. „auf Beklagten zu trassiren und dort einzuheben." — Auch diese neue Verabredung zwischen dem Kläger und H. H. begründet für den Beklagten keine Verpflichtung. Denn wenn auch ein Dritter aus Verträgen anderer Personen ein selbstständiges Recht erwirbt, wenn die Absicht der vertragschließenden Theile hierauf gerichtet gewesen ist und er dem Vertrage rechtzeitig beigetreten ist, so kann doch dem Dritten niemals durch einen zwischen anderen Personen abgeschlossenen Vertrag ohne seine Zustimmung eine Verpflichtung auferlegt werden.

3.

Die bloße Benachrichtigung des Beklagten von dieser Verab-

redung durch seinen Sohn, H. H., würde ebenfalls gegenüber dem Beklagten ohne alle rechtliche Wirkung gewesen sein. Wenn aber auch, wie behauptet worden ist, der Beklagte bei dieser Gelegenheit seinem Sohne zugesichert hätte, daß er diese Tratten Klägers acceptiren und honoriren wolle, so würde man doch in einer solchen Aeußerung nur eine dem gedachten H. ertheilte, aber auch nicht für alle Zukunft, sondern nur wegen der damals bestellten Waare gegebene Zusage zu finden haben. Als Vertrag zu Gunsten des Klägers läßt sich dieses Versprechen nicht auffassen, weil es dabei an dem Ausdrucke des Willens fehlt, daß der Kläger unmittelbar durch dasselbe ein Recht, die Bezahlung seiner Waarenforderungen an die N.'er Firma von dem Beklagten zu beanspruchen, erwerben solle.

4.

Der Bl. zu lesende Brief des Beklagten vom 30. Januar 1867 bezieht sich, als Antwort, auf eine Zuschrift des Klägers und sagt, „Beklagter werde in gewohnter Weise Klägers diverse Abgaben bei Vorkommen acceptiren.“ Da man jedoch den Inhalt der Zuschrift, auf welche diese Antwort erfolgte, nicht kennt, so läßt sich auch nicht mit Sicherheit beurtheilen, ob hier nur von den Facturenbeträgen für gewisse bereits bestellte Waarensendungen die Rede sei, oder auch von solchen für künftig noch zu bestellende Waaren. In alle Wege aber ist der Inhalt dieses Briefes zu allgemein, als daß man darin die Zusage finden könnte, unbedingt und für alle Zukunft die Forderungen des Klägers an die gedachte Firma durch Accepte decken zu wollen. Es läßt sich nicht voraussetzen, daß ein Kaufmann eine Verpflichtung übernehmen werde, deren endliche Tragweite und Consequenzen er gar nicht zu übersehen vermöchte. Höchstens ist aus dem gedachten Briefe die Bereitwilligkeit des Beklagten, unter den bisherigen Verhältnissen auch ferner noch für die Firma N. und H. zu acceptiren, zu entnehmen. Auch der Umstand, daß der Beklagte sich wiederholt zur Acceptation von Tratten des Klägers erboten haben soll, weist darauf hin, daß eine für alle Zukunft zu übernehmende Verpflichtung nicht in der Intention der Betheiligten gelegen habe.

Selbst also, wenn man alle diese Vorgänge zu Hülfe nimmt,

kann darin, daß Beklagter eine Zeit lang, unter Beobachtung eines gewissen Geschäftsganges, und so lange er sich in dieser Beziehung durch Absendung der Waare für gedeckt erachtet haben mag, die über die Facturenbeträge ausgestellten Wechsel acceptirte und honorirte, noch kein mit dem Kläger thatsächlich abgeschlossener und auf die Zukunft gerichteter Vertrag erkannt werden. Im Gegentheil ist im Zweifel davon auszugehen, daß Beklagter die von dem Kläger auf ihn gezogenen Wechsel entweder auf Grund einer der Firma R. und H. gegebenen Zusage, oder freiwillig, im Interesse dieser Handlung und so lange er sich für dieserhalb gedeckt erachtete, acceptirt habe.

5.

Unter diesen Verhältnissen war auch der Beklagte nicht verbunden, dem in dem Briefe vom 24. März 1867 enthaltenen Gesuche, die in diesem Briefe erwähnten Tratten für Rechnung R. und H. bei Vorkommen zu Lasten der Herren R. und H. zu schützen, zu entsprechen. Zu bemerken ist dabei allerdings noch, daß der Kläger bei diesem Geschäfte den bisher üblichen Geschäftsgang, auf dessen regelmäßige Beobachtung er selbst ein besonderes Gewicht legt, nicht innegehalten und unterlassen hat, dem Beklagten eine Factura über die neuerdings an R. und H. gesendeten Waaren zuzustellen, woran, aus den bereits Bl. entwickelten Gründen, der Beklagte allerdings ein wesentliches Interesse hatte und deshalb auch, wie sich aus der vom Kläger beigebrachten Correspondenz ergiebt, nicht eher für die Firma R. und H. acceptirte, als bis er von dem richtigen Eintreffen der facturirten Waare bei B. & Söhne in B. zum Weitertransport nach N. Kenntniß erlangt hatte.

6.

Eine Verpflichtung des Beklagten, sich sofort darüber zu erklären, ob er die in dem Briefe gedachten Tratten in Schutz nehmen wolle, hatte derselbe nicht, es kann daher auch in dem anfänglichen Stillschweigen desselben, sowie darin, daß er freiwillig einige der gedachten Tratten acceptirt hat, nicht der thatsächliche Ausdruck seines Einverständnisses mit dem Verlangen des Klägers, sämmtliche Tratten in Schutz zu nehmen, gefunden werden. Ebensowenig kann ohne Hinzutritt besonderer, in der Klage jedoch nicht angeführter,

Umstände das Verhalten des Beklagten als ein arglistiges bezeichnet werden.

7.

Der Brief vom 30. Januar 1867 enthält überhaupt gar kein Urtheil des Beklagten über die Verhältnisse und die Zahlungsfähigkeit der Firma R. und H. zu N., sondern nur eine Aeußerung der Befriedigung darüber, daß die Bestellungen dieser Firma bei dem Kläger bedeutender geworden seien, also höchstens eine, auf Klägers eigene Mittheilungen über die wiederholte Bestellung gegründete Vermuthung für einen zunehmenden Geschäftsbetrieb der Besteller. Ob in den weiter Bl. gedachten Briefen eine Empfehlung im Sinne von §. 1301 des BGB.'s enthalten gewesen, läßt sich nicht beurtheilen, weil die betreffende Correspondenz, welche in ihrer Gesammtheit geprüft werden müßte, nicht vorliegt. Uebrigens hat auch Kläger nicht behauptet, daß der Beklagte absichtlich und wider besseres Wissen die Verhältnisse der Firma R. und H. günstiger, als dieselben in Wahrheit gewesen, geschildert habe.

Außer den bisher nachgewiesenen stehen aber der Klage auch noch andere Bedenken entgegen. Aus dem Versprechen, Wechsel zu acceptiren, kann nach §. 824 des BGB.'s in Verbindung mit §§. 3—5 des Gesetzes vom 7. Juni 1849 auf Ausstellung des Acceptes nicht geklagt werden. Wollte man nun auch in dem Versprechen, die Schulden eines Dritten durch Wechselaccepte zu decken, die auf Bürgschaft oder Creditauftrag beruhende Verpflichtung, für die Bezahlung dieser Schuld einzustehen, finden, und die Ausstellung von Wechseln nur als eine Form ansehen, in welcher der Bürge oder Creditauftraggeber seiner Verpflichtung nachkommen könne, so müßte doch vor allem das Bestehen der Forderung an den Hauptschuldner nachgewiesen werden. Die hierüber in der Klage enthaltenen Angaben sind aber für den Eidesantrag zu allgemein, weil dabei weder die betreffenden Waaren, welche von der Firma R. und H. bestellt und in 11 Kisten an dieselbe abgesendet worden sein sollen, näher verzeichnet, noch der Inhalt der mit diesen Kisten abgegangenen Factura näher angegeben worden sind.

8.

Ueber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und die Beweislast hierbei — BGB. §§. 860 flg.

II. Sen.-Erk. vom 1. Febr. 1870 no. 958|986.

Nach Inhalt der Kaufsurkunde hat der Kläger nach dem Tode seines Vaters die ideellen Antheile seiner Miterben an dem zum Nachlasse gehörigen Bauergute gekauft und sich dabei in §. 5 jener Urkunde verpflichtet, bis zum 25. Juni 1864 ein Auszugshaus zur Wohnung für die Beklagte und seine noch unversorgten Halbgeschwister herzustellen, wozu die erstere einen Beitrag von 400 Thalern leisten und dieser Beitrag seiner Zeit auf die in §. 3 erwähnten, der Beklagten überwiesenen 2865 Thaler 6 Pfg. Kaufgelder abgeschrieben werden sollte. Da jedoch immittelst die Gutsgebäude des Klägers abgebrannt waren, trafen die Betheiligten eine anderweite Vereinbarung dahin, daß von der Erbauung eines besonderen Auszugshauses für die Beklagte und die sechs noch unversorgten Geschwister H. abgesehen wurde, wogegen sich der Kläger verpflichtete, die unter 1 bis 9 bezeichneten Auszugsräume in dem zu errichtenden Wohn- und Stallgebäude für die Beklagte und die unversorgten Geschwister H. einzurichten und deren Benutzung den Wohnungsberechtigten zu gestatten. Bei der früheren Bestimmung, daß die Wittwe H. einen Beitrag von 400 Thalern an ihren Stiefsohn (den Kläger) zur Herstellung der fraglichen Räumlichkeiten zu gewähren, beziehentlich inne zu lassen habe, sollte es bewenden.

Nach dieser Uebereinkunft ist zunächst soviel gewiß, daß zwischen der Innelassung und Abschreibung der ebenerwähnten 400 Thaler einer- und der Herstellung der Bl. gedachten Auszugsräume in den wiederaufzubauenden Wohn- und Stallgebäuden andererseits ein innerer Zusammenhang besteht, und daß diese Leistungen nicht, wie Kläger will, Gegenstand zwei besonderer, von einander unabhängiger Verpflichtungen sind. Ebensowenig läßt sich behaupten, daß die Beklagte sich verpflichtet habe, die gedachten 400 Thaler abschreiben zu lassen, damit der Kläger den ihm verwilligten Beitrag zur künftigen Herstellung der bedungenen Räume bei seinem Neubau

verwende. Denn erstens hat die Beklagte dem Kläger keine baare Zahlung, sondern nur die Innelassung und Abschreibung eines Betrags von 400 Thalern von ihrer Kaufgelderforderung zugesagt, und zweitens läßt sich nicht voraussetzen, daß dieselbe eine ihr zustehende Forderung hätte aufgeben wollen, bevor sie die ihr zugesicherte Leistung gewährt erhalten. Hätte dies in der Meinung der Betheiligten gelegen, so wären folgerichtig die fraglichen 400 Thlr. von den unbezahlten Kaufgeldern der Beklagten sogleich abzuschreiben gewesen, während doch wegen der vollen 2865 Thaler 6 Pfg. eine Hypothek an dem erkauften Gute bestellt worden ist und nach §. 5 des Kaufaufsatzes, bei dessen Bestimmungen es rücksichtlich der Innelassung der 400 Thaler bewenden sollte, die Abschreibung der letzteren erst seiner Zeit, also nach Herstellung der Auszugsräume, erfolgen sollte. Die einfachste und natürlichste Auslegung des Vertrags ist diese, daß die Beklagte dem Kläger für die seinerseits übernommene Herstellung und Ueberlassung gewisser Auszugsräume ein durch Aufrechnung mit ihrer Kaufgelderforderung zu deckendes Entgelt zu gewähren versprochen hat. Die Leistung des Klägers steht zu der Leistung der Beklagten nicht in dem Verhältnisse einer Zug um Zug zu bewirkenden Gegenleistung, bei welcher schon das Erbieten zur Erfüllung genügen könnte. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache, daß der Anspruch des Klägers auf Abschreibung der streitigen 400 Thaler erst dann begründet ist, wenn er den Wiederaufbau seines Wohn- und Stallgebäudes vollendet und dabei die Auszugsräume, deren Ueberlassung und Benutzung die Beklagte zu beanspruchen befugt ist, fertig hergestellt hatte, es ist also der Kläger, welcher die Vorleistung übernommen hat.

Es könnte fraglich werden, ob auf Verträge dieses Inhalts die Vorschriften in §. 860 des BGB.'s anwendbar seien? Indessen kann dies auf sich beruhen, da man, im vorliegenden Falle, auch nach diesen Vorschriften zu demselben Resultate gelangt. Nach §. 860 braucht sich zwar bei gegenseitigen Verträgen der Kläger in der Klage nicht darauf zu beziehen, daß er erfüllt habe, oder zur Erfüllung bereit sei, er kann vielmehr abwarten, ob der Beklagte eine hierauf gerichtete Einrede entgegensetze. Da aber durch

diese Vorschrift weder an der Verbindlichkeit des Klägers zur Erfüllung des Vertrags (§§. 858, 859), noch an der Beweislast (§. 861 flg.), Etwas geändert worden ist, so hat, wie auch von der vorigen Instanz angenommen worden ist, die Vorschützung einer die Erfüllung des Vertrags von Seiten des Klägers betreffenden Einrede, nur die prozeßrechtliche Folge, daß der Kläger, wenn dies nicht schon in der Klage geschehen ist, die Erfüllung anzubieten, oder die seinerseits erfolgte Erfüllung nachträglich zu behaupten und diese Behauptung zu beweisen hat. Nach der Ansicht des OAG.'s,

Winzer in den Annalen N. F. Bd. II, S. 49 flg.,

Annalen N. F. Bd. III, S. 109,

ist die in §. 860 gedachte Einrede nicht als gleichbedeutend mit einer von dem Beklagten factisch zu begründenden und zu beweisenden Exception aufzufassen, sondern es genügt dazu in der Regel die bloße Erklärung des Beklagten, daß der Vertrag von Seiten des Klägers noch nicht erfüllt sei, bez. die Erfüllung des Vertrags von demselben noch nicht angeboten worden sei, und der hieraus sich ergebende Wille des Beklagten, die ihm obliegende Leistung nur gegen Gewährung der ihm zukommenden Gegenleistung vorzunehmen. Eine bestimmte Form für diese Erklärung ist nicht vorgeschrieben. Hat also der Kläger, wie ihm dies ohnbeschadet der Vorschriften des §. 860, welcher nur den Zweck hat, die in dergleichen Fällen allzuhäufigen Klagabweisungen zu verhindern, freisteht, in der Klage bereits behauptet, daß und wie er den Vertrag erfüllt habe, so liegt schon in der ausdrücklichen Verneinung der hierauf bezüglichen Angaben eine Einrede im Sinne des §. 860, weil auch die ausdrückliche Behauptung des Beklagten, der Kläger habe nicht erfüllt, materiell immer nur auf ein Leugnen der entgegengesetzten, prozessualisch als Replik zu betrachtenden Behauptung des Klägers erscheint.

Im gegenwärtigen Prozesse hat sich der Kläger ausdrücklich darauf bezogen, daß er die fraglichen Auszugsräume hergestellt habe, und zwar in vollkommen zweckentsprechender und vertragsmäßiger Beschaffenheit. Diese letztere Behauptung, sowie die zu deren Begründung angeführten Thatsachen hat die Beklagte in

Abrede gestellt, und daneben speciellere Ausstellungen in Bezug auf die beiden Auszugskammern erhoben, es ist also eine auf die Vertragserfüllung Seiten des Klägers bezügliche Einrede von ihr entgegengesetzt worden. Nun ist es zwar richtig, daß die Beklagte zugestanden hat, daß die in dem Protokolle Bl. gedachten Auszugsräume hergestellt seien, und daß sich ihre Einwendungen vornehmlich auf die Beschaffenheit dieser Räume erstrecken, also mehr auf eine sogenannte exceptio non rite adimpleti contractus hinauslaufen. Dies ist jedoch deshalb ohne wesentlichen Einfluß, weil die Beklagte wie Kläger selbst zugiebt, die für sie bestimmten Räume noch nicht übernommen, deren Uebernahme vielmehr ausdrücklich abgelehnt hat. Hiernach trifft nach §. 863 des BGB.'s den Kläger auch rücksichtlich der Behauptung, daß er die Herstellung der fraglichen Räume in einer dem Vertrage und den Verhältnissen entsprechenden Weise ausgeführt habe, die Beweislast.

9.

Wer ist die Rückgabe der Schuldurkunde, beziehentlich Quittung nach §§. 981, 983 des BGB.'s*) zu fordern berechtigt?

II. Sen.-Erk. vom 10. Febr. 1870 no. 73|28.

Die Gemeinde G. hatte gegen Ausstellung eines Schuldscheines im Jahre 1860 von dem Beklagten ein, jährlich nach Höhe von 4% zu verzinsendes Darlehn von 200 Thaler erhalten und dieses Darlehn war im Jahre 1862 durch den Kläger, welcher in der Zeit von 1855 bis 1864 das Amt eines Gemeindevorstandes bekleidete, an Beklagten zurückgezahlt, auch waren die Zinsen bis dahin richtig an denselben abgeführt worden.

Unter diesen Umständen war Kläger als Derjenige, durch welchen die Zahlungen an Beklagten geleistet worden waren, berechtigt, von dem Beklagten nicht nur Quittung über die erfolgten Zahlungen, sondern auch Herausgabe der Schuldverschreibung zu fordern, und zwar um so gewisser, als er der Gemeinde gegenüber

---

*) Vergl. Commentar Bd. II, S. 183 flg. der 2. Ausgabe.

zur Rechnungsablegung über das aufgenommene Darlehn und zu dem Nachweise der bewirkten Tilgung der Schuld verpflichtet wurde. Nun ist er zwar nicht mehr Gemeindevorstand, sondern seit dem Jahre 1867 hat der Beklagte diese Function übernommen, allein durch die Niederlegung dieses Amtes ist Kläger jener Verpflichtung nicht enthoben worden, und deshalb ist es für ihn auch jetzt noch von Wichtigkeit und wesentlichem Interesse, daß Quittung und Schuldschein in seine Hände gelangen, um dieselben als Belege für die durch ihn bewirkte Zahlung benutzen zu können.

Hiernach konnte Beklagter einer Verurtheilung zur Herausgabe der ihm ausgestellten Schuldverschreibung nicht entgehen. Es versteht sich aber von selbst, daß nach dieser Richtung hin von jedem executivischen Vorgehen wider ihn abzusehen sein wird, dafern er eine Erklärung des Gemeinderathes beizubringen vermag, daß der Schuldschein bereits der Gemeinde von ihm zurückgegeben worden sei.

10.

Erledigung der exceptio pluris petitionis tempore durch Eintritt der Fälligkeit während des Prozesses*) — BGB. §. 1521. — In Bezug auf Begründung des Verzugs — BGB. §. 733 — steht die Fortstellung der Klage der Anstellung gleich.

II. Sen.-Erk. vom 8. Febr. 1870 no. 1014|1004 v. 1869.

Ist eine Forderung an sich begründet, so betrifft der Streit über die Fälligkeit derselben, von den Wechseln abgesehen, bei welchen die Verfallzeit integrirender Theil der Wechselforderung ist,

Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht Bd. 16 S. 122 bb,

nicht die Forderung, sondern nur eine Nebenbestimmung derselben. Diese Nebenbestimmung kann zwar die Wirkung haben, daß, wenn die Fälligkeit (der dies) nicht wenigstens bis zur Ertheilung der Entscheidung eingetreten ist, die Klage als zur Zeit unstatthaft abzuweisen sein kann, nie aber dahin führen, daß der Beklagte aus

*) Vergl. auch Annalen Bd. II. S. 127.

Annalen N. F. Bd. I, S. 514 flg.,
im Allgemeinen aus, die Klage auf deren Rückgewährung nach getrennter Ehe zu begründen.

Denn wenn nach jener Behauptung der Beklagte in den Stand gesetzt worden ist, an den in die gemeinschaftliche Wohnung eingebrachten, zur Benutzung für die Zwecke und Lasten der Ehe geeigneten Gegenständen sein gesetzliches Recht der Verwaltung und Nutznießung auszuüben, so liegt darin auch die genügende Beziehung auf die zu Begründung der Dotalklage erforderliche Thatsache der Illation. Daß der Beklagte sein gesetzliches Recht auch wirklich ausgeübt habe, ist um so unbedenklicher vorauszusetzen, als jedes Recht mit den Verpflichtungen aus der ehelichen Pflegschaft zusammenhängt, deren Verabsäumung offenbar nicht präsumirt werden kann. Es folgt hieraus, daß die nach getrennter Ehe die eingebrachten unvertretbaren Gegenstände zurückfordernde Ehefrau nicht erst eine Fortdauer der durch die Illation entstandenen Verpflichtungen des Ehemannes beziehentlich seiner Inhabung jener Gegenstände nachzuweisen hat, diese Fortdauer vielmehr der Regel nach zu präsumiren ist und es Sache des Beklagten bleibt, diejenigen Thatumstände, durch welche er von der Verpflichtung zur Rückgabe befreit zu sein vermeint, excipiendo anzuführen und zu beweisen.

Annalen N. F. Bd. I, S. 518, sub 1.
Es leiden jedoch die vorstehenden Grundsätze der Natur der Sache gemäß nur auf solche, von der Ehefrau inferirte unvertretbare Sachen Anwendung, welche ihrer Beschaffenheit nach geeignet, und ebendeshalb auch voraussetzlich mit der Bestimmung eingebracht sind, zu dem Gebrauche für die Zwecke und Bedürfnisse der Ehe und des gemeinschaftlichen Hauswesens zu dienen. Anders verhält es sich mit denjenigen unvertretbaren Sachen, welche die Ehefrau nicht behufs der Benutzung für den gemeinsamen Hausstand, sondern zum besondern Gebrauche für ihre Person und mit der Bestimmung für diese Sonderbenutzung eingebracht hat. In Bezug auf diese Sachen kann dem Ehemanne die Voraussetzung, daß er die ihm kraft seiner gesetzlichen Stellung zum eheweiblichen Vermögen zukommenden Rechte und Pflichten auszuüben und zu erfüllen nicht unterlassen habe, schon um deswillen nicht ohne Weiteres entgegen=

gehalten werden, weil er gar nicht veranlaßt, häufig auch außer Stande ist, auf diese Sachen die ihm in Bezug auf das eheweibliche Vermögen im Allgemeinen zukommenden Befugnisse und die damit verbundene Fürsorge zu erstrecken. Man braucht sich nur zu vergegenwärtigen, daß der Ehemann von den Kleidungs-, Wäschstücken, Schmucksachen und Utensilien, welche die Ehefrau zum Gebrauche für ihre Person in die Ehe mitbringt, oft gar keine, wenigstens keine genaue Kenntniß erhält und ebensowenig anders als ausnahmsweise in die Lage kommen wird, das Gebahren der Ehefrau beim Gebrauch so sorgfältig zu überwachen, um für die Sicherung und Erhaltung solcher Gegenstände in gleicher Weise wie rücksichtlich der übrigen Dotalgegenstände verantwortlich sein zu können. Im Zweifel kann deshalb nicht angenommen werden, daß die von der Ehefrau in die gemeinsame Behausung gebrachten, zu ihrem ausschließlichen Gebrauche bestimmten Naturalausstattungsgegenstände zum Einbringen inferirt seien.

Sintenis, Civilrecht, Bd. III, §. 132, Anmerkung 12, S. 15 flg.

Zu der factischen Uebertragung der Sachen in die ehemännliche Wohnung müßten solchenfalls noch weitere Thatsachen hinzukommen, aus denen abzunehmen ist, daß der Ehemann dieselben als Bestandtheile des seiner Verwaltung und Nutznießung unterworfenen eheweiblichen Vermögens an sich oder in Besitz genommen habe.

Annalen a. a. O. S. 527, sub IV.

Im sächsischen Rechte ist nach dem Vorgange des General-Gouvernements-Patents vom 12. Mai 1814 §. 6 und 7 durch die Vorschriften des BGB.'s §. 1671 verb. mit §. 1656 verordnet, daß an allen Gegenständen, welche zur Bekleidung, zum Schmucke oder sonst zum Gebrauche für die Person der Ehefrau bestimmt sind, es mögen solche von ihr bei Eingehung der Ehe besessen oder später vom Ehemanne aus seinem Vermögen angeschafft worden sein, der Ehefrau das Eigenthum und das Recht des unbeschränkten Gebrauchs während der Ehe zusteht und der Ehemann blos das Recht hat, zu verhindern, daß die Ehefrau von diesen Gegenständen einen anderen als den bezweckten Gebrauch macht. Tritt sonach bei den vorbezeichneten Gegenständen ein ähnliches Verhältniß wie

bei den Recepticien nur mit der Beschränkung ein, daß die Ehefrau zu Rechtsgeschäften über jene der ehemännlichen Zustimmung bedarf, so ist auch nicht zu vermuthen, daß sie diejenigen von ihnen, welche sie bei Eingehung der Ehe bereits besessen hat, dem Ehemanne zur Nutznießung und Verwaltung zugebracht habe.

Siebenhaar, Commentar Bd. III, S. 54 und 60.

Die Klage, mit welcher die Ehefrau nach getrennter Ehe sie zurückfordert, ist nicht die auf die Thatsache der Illation gestützte persönliche Dotalklage, sondern die aus dem Eigenthume oder dem rechtmäßigen und redlichen Besitze entspringende dingliche Klage.

Als solche ist die vorliegende Klage zu betrachten, soweit sie die in der Specification sub nris 7—17, 29 und 36 angegebenen Gegenstände betrifft, welche theils durch ihre Bezeichnung selbst, theils durch ihre Bestimmung zu weiblicher Benutzung, theils endlich durch den Zusammenhang, in welchen sie mit anderen gebracht sind, als solche erscheinen, welche zu der Bekleidung und dem besonderen, persönlichen Gebrauche des klagenden Weibes dienen, während die übrigen sub nris 1—6, 18—28, 30—35, 37—74 specificirten als Gegenstände gemeinschaftlichen Gebrauchs, beziehentlich der Benutzung für Zwecke des gemeinsamen Hauswesens sich darstellen.

13.

Auf den Beweis der mens testatoris (§. 2157 des BGB.'s) kann nicht bei klarem Wortlaut des letzten Willens zugekommen werden.

II. Sen.-Erk. vom 29. Oct. 1868 no. 746/750.

Allerdings kann die Auslegung einer zweifelhaften letztwilligen Verfügung nach §. 2157 des BGB.'s auch auf formlose Erklärungen des Erblassers gestützt werden, welche vor oder nach der Errichtung des letzten Willens liegen. Aber ein Zweifel über die mens testatoris liegt hier, da die Worte des Testaments ganz klar sind, gar nicht vor, und es kann daher auf eine solche Ermittelung des muthmaßlichen Willens gar nicht eingegangen werden. Zudem würde, wenn die W.'sche Ehefrau in der That die Bl. angegebene

Aeußerung gethan hätte, darin nicht eine Erläuterung ihres letzten Willens, sondern eine ganz neue letztwillige Verfügung, nämlich eine Substitution von Personen, welche bis dahin noch gar nicht in dem letzten Willen benannt waren, zu erblicken sein.

Commentar Bd. III, S. 258.

14.

Der Mutter des angeblich im Ehebruche erzeugten Kindes kann vom Ehemanne nicht angesonnen werden, der actio negativa des §. 1855 des BGB.'s gegenüber, das Kind zu vertreten.

II. Sen.-Erk. vom 22. Oct. 1868 no. 711/714.

Das BGB. ertheilt in §. 1856 der Mutter eines Kindes gegen den Vater, welcher das Anerkenntniß desselben als eines ehelich gebornen verweigert, das Recht, auf Anerkennung und Ernährung des Kindes klagbar zu werden, wie solches in ähnlicher Weise der Mutter außerehelich Geborner unter gewissen Voraussetzungen dem außerehelichen Erzeuger gegenüber eingeräumt ist. Allein kann man hieraus auch das weitere Recht der Mutter ableiten, in der Rolle der Beklagten jene Rechte zu vertheidigen, so folgt daraus doch noch nicht ohne Weiteres ihre Verpflichtung, eine solche zu übernehmen. Um diese zu begründen, genügt aber nicht die jeder gesetzlichen Basis ermangelnde, insbesondere nicht durch die Analogie des §. 1865 gerechtfertigte Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde des Kindes, sondern es bedarf dazu der ausdrücklichen Bestellung der Mutter zur Vormünderin des zur eignen Rechtsvertheidigung nicht befähigten Kindes.

15.

Ueber die Specificationspflicht, namentlich auf Grund des §. 2301 des BGB.'s. — Inwieweit kommen dabei Immobilien in Betracht? — Specificationseid.

II. Sen.-Erk. vom 15. Febr. 1870 no. 48/38.

Der Defectat am 6. Theile hat seine Appellation vorzüglich

wider die Fassung des in voriger Instanz erkannten Specificationseides gerichtet, indem er namentlich geltend gemacht hat,

er habe nur die Bestandtheile des väterlichen Nachlasses zu verzeichnet gehabt, welche in seinen Besitz gekommen seien, keineswegs auch diejenigen, von deren Vorhandensein er etwa irgend eine Kenntniß erlangt habe; nur in dieser Beschränkung sei ihm die Herausgabe eines Nachlaßverzeichnisses aufgegeben worden.

Das OAG. hat diese Einwendungen gegen die Meinung der vorigen Instanz nicht für ungerechtfertigt anzusehen vermocht.

Die Gründe, aus welchen Jemand zu Herausgabe eines Nachlaßverzeichnisses verbunden sein kann, können sehr verschieden sein. So kann diese Verbindlichkeit beruhen auf den Vorschriften der §§. 1906 bis 1909 des BGB.'s, auf dem Verkaufe einer angefallenen Erbschaft, auf dem Besitze erbschaftlicher Sachen; es läßt sich auch denken, daß ein Erbe zu Herausgabe eines Nachlaßverzeichnisses verpflichtet ist, wenn Erbschaftsgläubiger ihre Befriedigung aus dem Nachlasse fordern (§§. 2324 bis 2332), oder von dem ihnen nach §§. 2333 bis 2342 zustehenden Absonderungsrechte Gebrauch machen. Je nachdem die Specificationspflicht auf diesem oder jenem Grunde beruht, ist der Umfang derselben verschieden zu bestimmen, indem der objective Umfang selbstverständlich nicht weiter reichen kann, als der Grund, aus welchem die Specificationspflicht fließt.

Neben den Fällen, in welchen die Specificationspflicht in dem Vormundschaftsrechte ihren Sitz hat, ist der vorzüglichste Fall der Specificationspflicht der, wenn in der Erbschaftsklage der Beklagte verurtheilt wird, und auf diesen Fall bezieht sich die Vorschrift des §. 2301 des BGB.'s, welcher wörtlich also lautet:

Ist das Erbrecht des Klägers in Gewißheit gesetzt, so hat der Beklagte die erbschaftlichen Gegenstände, welche er besitzt, auch die mit erbschaftlichem Gelde angeschafften, nebst Zubehörungen und Zuwachs, und zwar, wenn nicht blos auf einzelne Gegenstände geklagt ist, nach einem, von einem Gerichte oder von einem Notar aufgenommenen Verzeichnisse oder nach einem Verzeichnisse, wie er es auf Erfordern eidlich bestärken kann, an den

Kläger, soweit dieser erbberechtigt ist, herauszugeben, auch den Gewinn, welchen er durch den Besitz der erbschaftlichen Gegenstände gemacht, auszuantworten.

Was unter dem Besitze erbschaftlicher Sachen zu verstehen sei, ergiebt sich aus dem §. 2294 des BGB.'s,

Commentar ed. II, Bd. 3, S. 341.

Aber, obschon sich dieser Begriff bei der Erbschaftsklage anders gebildet hat, als bei der Eigenthumsklage, und obschon der Ausdruck „erbschaftliche Sachen" insofern eine dem Erbrechte eigenthümliche Bedeutung hat, als darunter nicht blos die dem Erblasser eigenthümlich gehörigen, sondern auch die lediglich in dessen Detention befindlich gewesenen Sachen, z. B. von dem Erblasser geliehene oder bei demselben deponirte, begriffen werden, so können es doch immer nur körperliche Sachen, nicht Rechte an fremden Sachen und nicht Forderungen sein, welche der Beklagte bei der Erbschaftsklage besitzen kann und, soweit er sie besitzt, zu specificiren hat. Ein Besitz, wie er hierbei erfordert wird, ist in Beziehung auf Rechte an fremden Sachen und auf Forderungen nur insofern denkbar, als sich in dem Nachlasse darauf bezügliche Urkunden befinden, indem, wenn dies der Fall ist, die Urkunden zu den körperlichen Sachen gehören, welche in die Nachlaßspecification aufzunehmen sind.

Die Vorschrift des §. 2301 des BGB.'s findet auch Anwendung auf den Fall, wo ein Nichterbe oder ein Miterbe erbschaftliche Sachen an sich nimmt, weil der erstere als possessor pro possessore, der letztere als possessor pro herede zur Specification verpflichtet ist.

Commentar a. a. O., S. 345.

Wendet man sich nach dieser Vorbemerkung zu dem Specificationseide, wie er von der vorigen Instanz gefaßt ist, so bedarf es wohl nicht erst der Erwähnung, daß, obschon ein Erbinteressent, nämlich C. L. W., unter cura status steht, doch die Vorschriften der §§. 1906 bis 1909 nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar sind, zwar nicht aus dem Grunde, weil der gedachte W. in Gemäßheit des §. 1982 nur auf sein Verlangen unter Zustandsvormundschaft gestellt worden ist, wohl aber aus dem Grunde, weil die §§. 1906 bis 1909 des BGB.'s nur von der Specificationspflicht

der Vormünder handeln, der Defectat am sechsten Theile aber nicht Zustandsvormund seines Bruders ist.

Weiter ergiebt sich aus dem oben Gesagten, daß die Bl. auf der vierten Zeile befindlichen Worte „soviel ihm davon wissend“ wegfallen müssen, weil der Specificant nur die körperlichen erbschaftlichen Sachen, nicht seine Wissenschaft um dieselben zu specificiren hat. In dem vorliegenden Falle kommt noch hinzu, daß der Defectat am sechsten Theile, wie auch in der Auflage Bl. mit Recht hervorgehoben wird, zur Specification des väterlichen Nachlasses nur soweit verpflichtet ist, als er zu demselben gehörige Sachen an sich genommen hat. Hiernach waren die angegebenen Worte zu streichen und dafür Worte zu setzen, aus denen sich ergiebt, in welchem Umfange und in Beziehung auf welche Objecte der Defectat am sechsten Theile specificationspflichtig gewesen sei*).

Man will nicht geradezu die Möglichkeit bestreiten, daß eine Nachlaßspecification sich auch auf unbewegliche Sachen zu erstrecken haben kann. Namentlich wird dies bei der Erbschaftsklage vorkommen können, weil diese nicht blos dahin, daß der Beklagte die erbschaftlichen Sachen, welche er besitzt, herauszugeben, sondern auch dahin geht, daß der Beklagte über die Verwaltung des Nachlasses Rechnung abzulegen habe. Aber von einem Miterben, welcher blos deshalb specificationspflichtig ist, weil er erbschaftliche Sachen in seinen Besitz genommen hat, läßt sich, wenigstens nach sächsischem Rechte, mit Hinsicht auf das Ingrossationssystem, nicht sagen, daß er auch die unbeweglichen erbschaftlichen Sachen zu specificiren habe. Denn bei den Grundstücken und den denselben gleichstehenden Gerechtigkeiten kann ein Besitz, wie er zur Specification vorausgesetzt wird, nicht vorkommen, vor allem Andern aber tritt die ratio, auf welcher die Specificationspflicht beruht, bei diesen Gegenständen nicht ein.

*) „Soviel er sich deren angemaßt hat.“

16.

Zu §. 1694 des BGB.'s. — Recepticienvertrag.

II. Sen.-Erk. vom 15. Febr. 1870 no. 17/40*).

Nach Inhalt der gerichtlich recognoscirten Urkunde vom 24.|26. Juli 1838 haben die F.'schen Ehegatten einen Vertrag mit einander abgeschlossen, vermöge dessen die Ehefrau im ungestörten Besitze ihres Grundeigenthums verbleiben, und auch die Zinsen und Nutzungen desselben einzig und allein beziehen sollte. Nun werden zwar in diesem Vertrage die Betheiligten bereits als Eheleute bezeichnet und es könnte daher den Anschein gewinnen, als wenn derselbe erst während der Ehe abgeschlossen worden wäre. Allein abgesehen davon, daß nach der Aussage des Zeugen F. zu Art. 46 flg. der Vertrag mündlich schon vor der Verheirathung zu Stande gekommen ist und die Fassung der Urkunde die Annahme, daß der schon früher abgeschlossene Vertrag erst nach der Trauung niedergeschrieben worden sei, recht wohl zuläßt, kommt auch hierauf im vorliegenden Falle nicht einmal etwas Wesentliches an. Vor dem Erscheinen des BGB.'s war in der sächs. Praxis die Ansicht vorherrschend, daß ein Verzicht auf das ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht auch während der Ehe wirksamer Weise geleistet werden könne, und auch das BGB. erklärt in §. 1694 einen solchen Verzicht nur dann für nichtig, wenn er schenkungsweise erfolgt ist, während nach §. 2 der angezogenen Urkunde die Ehefrau sich zu gewissen Gegenleistungen verpflichtet hat. Hinzutritt, daß in diesem Vertrage doch mindestens die Ermächtigung für die Ehefrau gefunden werden muß, Rechtsgeschäfte über ihr Vermögen ohne weitere Concurrenz des Ehemannes abzuschließen und daß daher weder von ihr selbst, noch ihrem Ehemanne die Gültigkeit eines

---

*) Man bemerke, daß nach der obigen Ausführung 1) §. 1694 nicht Anwendung leidet, wenn der Vertrag bereits vor Schließung der Ehe vereinbart war, wenn auch erst später schriftlich verlautbart wurde, 2) das Wort „schenkungsweise" im §. eine der Ausführung in Siebenhaar's Commentare 2. Ausg., Bd. III, S. 85 entsprechende Erläuterung findet, und 3) dem an sich nach §. 1694 ungültigen Vertrage namentlich Dritten gegenüber nicht jegliche Wirkung abgeht.

ohne dessen besondere Zustimmung mit dritten Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts angefochten werden könnte.

17.

Die vom Besteller einer Mitgift (BGB. §. 1659) bedungene Verzinsung an ihn schließt nicht aus, daß jene als Einbringen zu gelten habe.

II. Sen.=Erk. vom 8. Juli 1869 no. 410/440.

Wenn sich nach Inhalt der Beweisurkunde B der Vater der nunmehr verw. T. bei der Letzteren Verheirathung den, von seinem Schwiegersohn genehmigten, Vorbehalt gemacht hat, daß ihm dieser von dem seiner Ehefrau gehörigen „Einbringen" die Summe von 3500 Fl. mit jährlich 4% verzinsen solle, so lange er eine solche Verzinsung von ihm fordern würde, so berechtigt dieser Vorbehalt noch nicht zu der Annahme, daß von dem auf achttausend fünfhundert Gulden angegebenen Gesammtbetrage der Mitgift die Summe von 3500 Fl. die Eigenschaft einer solchen verloren und die Qualität eines dem Schwiegersohne verwilligten Darlehns angenommen habe. Denn nach dem Inhalte der Urkunde B sollte T. diese 3500 Fl. seinem Schwiegervater nicht restituiren, sondern es sollten dieselben einen Theil der seiner Tochter gegebenen Mitgift bilden; die gesetzlichen Nutznießungs= und Verwaltungsrechte des Ehemannes sind der Ehefrau gegenüber durch die ihrem Vater versprochene Verzinsung in keiner Beziehung aufgehoben oder beschränkt worden, vielmehr läßt sich die letztere nur als eine für die Bestellung der Mitgift gewährte Gegenleistung ansehen, welche dem Ehemanne nicht einmal die aus seinem Nutznießungsrechte erwachsenden Vortheile factisch entzog, weil er als Kaufmann die ihm inferirten Gelder höher als zu 4% nutzen konnte.

Zum Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund.*)

Von Oberappellationsrath **Otto.**

III.

Erkenntniß auf Geldstrafe und deren Umwandlung.

Die Geldstrafe nimmt eine äußerst wichtige Stelle in dem Strafensysteme des DStGB.'s ein, eine weit wichtigere, als ihr in dem RStGB. eingeräumt war. Bei einigen Delicten ist sie ausschließlich, bei anderen alternativ, bei anderen endlich cumulativ, und zwar in Fällen der letzteren Art hinwiederum theils präceptiv, theils facultativ angedroht. Sie gewinnt namentlich dadurch, daß ihr zulässiger Höchstbetrag bei einzelnen Delicten bis zu zwei Tausend Thalern ansteigen kann, sowie dadurch an Wichtigkeit, daß ihre Cumulation mit Freiheitsstrafe gerade bei einer Mehrzahl sehr häufig vorkommender Delicte vorgeschrieben ist. In letzterer Beziehung wird namentlich §. 264, Abs. 1 in der Praxis von Bedeutung werden. — Sie repräsentirt, zumal wenn man von der auf den Verweis bezüglichen exceptionellen Bestimmung des §. 57 sub 4 absieht, offenbar die mildeste der zulässigen Strafarten; es geht dies, wennschon die auf das Strafgeltungsverhältniß bezügliche allgemeine Vorschrift des §. 21 hierüber Nichts ausspricht, aus §. 28 mit genügender Deutlichkeit hervor. — Ueber ihren zulässigen Maximalbetrag

---

*) Fortsetzung von Annalen N. F. Bd. VII, S. 499 flg.; Bd. VIII, S. 1 flg.

bestimmt der allgemeine Theil des DStGB.'s Etwas nicht; dieser ist je nach der Verschiedenheit der Delicte, ein verschiedener, und in den in Bezug auf diese getroffenen Specialbestimmungen normirt; dagegen enthält §. 27 die allgemeine Vorschrift, daß der Minimalbetrag der Geldstrafe bei Verbrechen und Vergehen Ein Thaler, bei Uebertretungen ein Drittheil Thaler sein soll. Außerordentlich wichtig ist auch die Bestimmung des §. 78, Abs. 1, wonach auf Geldstrafen, welche wegen mehrerer materiell concurrirender Handlungen allein oder neben Freiheitsstrafe verwirkt sind, das Concurrenzprincip des §. 74 nicht Platz greift, und daß daher auch auf den vollen Betrag mehrerer solcher Geldstrafen, deren Gesammtsumme solchenfalls durch das Gesetz gar nicht begrenzt erscheint, zu erkennen ist.

Bei Normirung der von dem Richter zu erkennenden Geldstrafe hat sich derselbe lediglich nach der Individualität des concreten Falles zu richten; namentlich wird er auch, dafern er wegen eines Delicts cumulativ auf Freiheits- und Geldstrafe zu erkennen hat, die Höhe der letzteren keineswegs von der Dauer der ersteren abhängig machen müssen; er wird vielmehr beispielsweise an und für sich völlig unbehindert sein, bei Bemessung der Freiheitsstrafe bis zum Maximum hinauf- oder bis zum Minimum herabzugehen, und bei Normirung der cumulativen Geldstrafe gerade der entgegengesetzten Grenze sich zu nähern. Ebensowenig wäre es richtig, wenn der Richter bei Festsetzung einer alternativ angedrohten Geldstrafe etwas Anderes, als jene Individualität des Falles zur Richtschnur sich dienen lassen und etwa insonderheit schon auf den Maßstab Rücksicht nehmen wollte, welchen Abs. 1 des §. 29 lediglich für den Fall einer nothwendig werdenden Umwandlung aufgestellt hat. Die Höhe der zu erkennenden Geldstrafe muß mithin vorzugsweise auch ohne alle Berücksichtigung dessen bestimmt werden, ob der Angeschuldigte zahlungsfähig ist oder nicht; seine Wohlhabenheit oder Mittellosigkeit darf hierbei schlechterdings nicht zum bestimmenden Factor werden. Hieraus folgt namentlich auch, daß nach dem DStGB., welches hierin von der Auffassung des RStGB.'s (Art. 28) sehr wesentlich abweicht, selbst gegen

einen Cridar oder Verschwender auf die von diesem verwirkte Geldstrafe und zwar ohne alle Rücksicht auf die gerade bei ihm hervortretenden besonderen Vermögensverhältnisse zu erkennen ist. Daß hierdurch nicht ausgesprochen werden will, wie es dem Richter verwehrt sei, in den Fällen, wo das Gesetz Freiheits- oder Geldstrafe androht, mit Rücksicht auf die ihm bekannten Vermögensverhältnisse des Angeklagten ohne Weiteres von einer Geldstrafe abzusehen und für die Wahl der Freiheitsstrafe sich zu entscheiden, versteht sich von selbst.

Ist aber der Richter nicht mindestens befugt, neben der von ihm vorschriftsmäßig normirten Geldstrafe zugleich auszusprechen, welches Strafübel im Falle ihrer Nichtbeitreibungsfähigkeit an ihre Stelle zu treten habe? Auch das muß ich, wenigstens dem Sächsischen Richter gegenüber, verneinen. Vor allem kann von Abfassung des Erkenntnisses an bis zu dem Zeitpunkte, von welchem an erst von einer Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Recht die Rede sein könnte, unter Umständen ein so langer Zeitraum verfließen, daß eine wesentliche Umänderung der Erwerbs- und Vermögensverhältnisse des Angeschuldigten während dessen nicht ausgeschlossen ist, und daß sonach die wahre Gestaltung der letzteren bei einer verfrühten eventuellen Umwandlung überhaupt nicht genügend in Rechnung gezogen worden sein würde. Auch wird sich nicht jederzeit bereits mit dem Zeitpunkte, zu welchem auf Geldstrafe zu erkennen ist, übersehen lassen, ob nicht einer der in §. 28, Abs. 3 vorgesehenen Fälle vorliegt. Angenommen aber selbst, daß auf diese allgemeineren Gesichtspunkte nicht allzuviel Gewicht gelegt werden wollte, so kommt doch überdies in Erwägung, daß für Sachsen noch gegenwärtig die in §. 5 der Publicationsverordnung zum StGB. von 1855 resp. in Verbindung mit Art. 28 dieses Gesetzbuchs enthaltene Bestimmung in Kraft bestehen dürfte, wonach in allen Fällen, in denen Geldstrafe verwirkt erscheint, zunächst ausschließlich auf diese zu erkennen ist. Diese Vorschrift, welche im Wesentlichen rein prozessualer Natur ist, dürfte weder durch die Publicationsverordnung zum RStGB. (vergl. daselbst sub XIX), noch auch durch das DStGB., welches über diesen

Punkt Schweigen beobachtet, aufgehoben sein (vergl. den vorigen Aufsatz S. 14 sub I, sowie die Bemerkung auf S. 37).

Die Zulässigkeit und Nothwendigkeit der Umwandlung einer erkannten Geldstrafe tritt, wie auch aus der Fassung des §. 28 erhellt, erst dann ein, sobald selbige als eine nicht „beizutreibende" sich herausgestellt hat; dieselbe beizutreiben muß demnach vergeblich versucht worden sein, ehe zu ihrer Umwandlung verschritten werden darf.

Es leuchtet ein, daß das DStGB. bei Aufstellung dieses Erfordernisses von einer unserem RStGB. völlig fremden Auffassung ausgegangen ist. Letzteres machte nach Maßgabe des Art. 28 im Allgemeinen die Umwandlung nur davon abhängig, daß der Verurtheilte die Geldstrafe innerhalb der ihm zu gestattenden, höchstens vierwöchigen Frist nicht gezahlt habe. Damit stellte es die Zahlung ganz in die Willkür des Verurtheilten und überließ es gewissermaßen dessen Wahl, ob er die Verbüßung der Freiheitsstrafe der Abführung der Geldstrafe vorziehe. So praktisch auch in mehrfacher Beziehung diese Vorschrift war, indem sie die Umwandlung einer Geldstrafe an den Eintritt eines ohne erheblichere Weiterungen erreichbaren und leicht erkennbaren Termins knüpfte, so durfte doch das DStGB. schon in Hinblick auf die weit erheblichere Höhe seiner Geldstrafen kaum den nämlichen, die Willkür des Angeschuldigten begünstigenden Weg einschlagen. Indem dasselbe das „Beitreiben" erforderte, sprach es ganz unzweideutig aus, daß an die Stelle dieser Willkür die dem Richter gewordene Ueberzeugung treten solle, der Verurtheilte könne nicht zahlen. — Daß der Richter zu einer solchen Ueberzeugung in der Regel nur auf dem Wege eines stattgefundenen Executionsverfahrens zu gelangen vermag, unterliegt wohl keinem Zweifel und es setzt daher die Vornahme der Umwandlung an sich voraus, daß wider den Angeschuldigten dieses Verfahren eingeleitet und erfolglos gewesen sein müsse. Der Sächsische Richter wird hierbei dem Gesetze vom 28. Febr. 1838 nachzugehen und ganz so zu verfahren haben, wie bei Eintreibung einer Geldschuld. Nur möchte nicht behauptet werden können, daß kein einziger Ausnahmsfall zu statuiren sei, in

welchem sich von einer förmlichen Execution absehen lasse. Hierin ginge man wohl zu weit; jedoch sollten meines Erachtens andererseits diese Ausnahmen einzig und allein auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen auch nach den Grundsätzen des Civilrechts angenommen zu werden pflegt, daß der Schuldner auch ohne eine, auf Beitreibung der neuen Schuld gerichtete Execution für frustra excussus zu erachten ist, z. B. wenn er kurz vorher in einer anderen Sache vergeblich ausgepfändet wurde oder im Concurse sich befindet. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, dafern ein derartiger Ausnahmsfall vorliegen sollte, der Richter mit der Umwandlung nicht wohl eher zu verfahren haben würde, als bis die betreffenden Personen unter Gewährung einer kürzeren Zahlungsfrist zu Abführung der Geldstrafe und zwar unter dem ausdrücklichen Hinweise darauf aufgefordert worden wären, wie nach Ablauf dieser Frist mit der Umwandlung unausbleiblich würde verfahren werden. Es erscheint dies, wenn auch vielleicht nicht schlechterdings erforderlich, doch jedenfalls empfehlenswerth um deswillen, weil im Auge zu behalten ist, daß selbst der Cridar inzwischen soviel erworben haben kann, um die Geldstrafe zu berichtigen, sowie denn auch die Möglichkeit niemals ausgeschlossen ist, es werde für ihn oder überhaupt für Denjenigen, den man an sich als einen frustra excussus bezeichnen darf, ein Dritter zahlen. Dagegen wird es beispielsweise auch dem zu einer Geldstrafe verurtheilten Unmündigen oder Verschwender gegenüber ganz bei der Regel zu bewenden haben, nur daß die betreffenden Hülfsauflagen nicht an derartige Personen unmittelbar, sondern an deren gesetzliche Vertreter und zwar unter der Androhung zu richten sein möchten, wie nach Ablauf der Frist mit der Execution in das Mündelvermögen verfahren werden würde.

Nicht verkennen läßt sich, daß die Entscheidung über die Beitreibungsfähigkeit in manchen Beziehungen nicht unerhebliche Schwierigkeiten bieten wird; namentlich werden bisweilen solche Schwierigkeiten gegenüber der Frage nicht ausbleiben, ob schon die fruchtlos vorgenommene Mobiliarexecution genüge, um gegen den mit einem Immobile angesessenen Angeschuldigten mit der

Geldstrafenumwandlung zu verfahren, sowie, ob andererseits, um letztere abzuwenden, der Eintrag eines Hülfsrechts im Grund- und Hypothekenbuche u. s. w. ausreiche? Indessen auch diese Zweifel werden sich minder schwer lösen lassen, wenn man sich fortdauernd dessen bewußt bleibt, daß die Umwandlung der Geldstrafe deren Uneinbringlichkeit voraussetzt.

Namentlich wird man auch niemals außer Acht lassen dürfen, daß nur die volle Deckung der Geldstrafe genügt, um deren Umwandlung abzuwenden; ihre nur theilweise Beitreibung könnte meines Erachtens diesen Erfolg nicht haben; eine solche würde die Nothwendigkeit der Umwandlung der Geldstrafe nach deren vollem Betrage ebensowenig aufheben, als wenn gar keine Deckung erlangt worden wäre. Nur, dafern die Umwandlung bereits erfolgt und die Freiheitsstrafe zum Theil bereits verbüßt worden sein sollte, kann nach §. 28, Abs. 4 auch eine theilweise Bezahlung der erkannten Geldstrafe in dem dort gedachten Umfange wirksam werden.

Von selbst versteht es sich, daß, soweit das Hülfsvollstreckungsverfahren nicht blos wegen der erkannten Geldstrafe, sondern auch gleichzeitig wegen der schuldigen Kosten eingeleitet und das Liquidum zwar nicht vollständig, aber doch mindestens nach Höhe des vollen Geldstrafenbetrags beigetrieben worden sein sollte, schon hierdurch eine etwaige Umwandlung ausgeschlossen werden würde; die zu zahlende Geldstrafe ist als die lästigere Schuld anzusehen. Hiervon würde meiner Ansicht nach selbst dann auszugehen sein, dafern in einem solchen Falle der Verurtheilte eine gegentheilige Willenserklärung abgeben sollte, denn ich glaube nicht, daß demselben hierunter das nämliche Maß von Willensfreiheit zugestanden werden kann, wie jedem anderen Schuldner, dem allerdings im Falle nur theilweiser Befriedigung eines mit mehreren Forderungen versehenen Gläubigers ein solches Bestimmungsrecht unter Umständen zusteht; der Staat hat ein Recht darauf, daß zunächst die Criminalstrafe getilgt wird.

Die Beitreibung liegt offenbar dem Untersuchungsrichter ob. Es ist dies aus Art. 414a, Abs. 1 der RStPO.,

sowie daraus zu folgern, daß diese unsere Strafprozeßordnung die Competenz des Untersuchungsrichters zu den mit dem Strafverfahren in Zusammenhang stehenden Vollstreckungshandlungen ganz ausdrücklich nur in dem einen Ausnahmsfalle des Art. 450 ausgeschlossen hat. Ich meinerseits halte wenigstens die Zweifel, welche gegen eine solche Auffassung bereits früherhin mehrfach erhoben wurden, durch dasjenige vollständig widerlegt, was hierüber die in der

Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XXVII, S. 67 flg.

abgedruckte Justizministerialverordnung des Näheren ausgeführt hat. Hiernach bekenne ich mich auch gleichzeitig zu der ebendaselbst näher entwickelten Ansicht, einmal, daß die gegen den Modus des von dem Untersuchungsrichter vorgenommenen Executionsverfahrens eingewendeten Rechtsmittel zur Cognition des oberen Civilrichters gehören, sowie das andere Mal, daß die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters selbst auf einen etwa durch die Execution hervorgerufenen Interventionsstreit sich zu erstrecken haben würde.

Der **Zeitpunkt** für die Beitreibung ist mit der Rechtskraft des Erkenntnisses, in welchem auf die Geldstrafe erkannt wurde und beziehentlich schon mit Publication dieses Erkenntnisses eingetreten, sobald gegen letzteres ein Rechtsmittel nicht mehr zulässig ist. Doch wird jedenfalls dem Erlaß einer förmlichen Hülfsauflage billiger Weise eine einfache Zahlungsaufforderung voranzugehen haben, sei es nun, daß diese in schriftlicher Form, z. B. durch Behändigung eines mit dem vollständigen Liquidum versehenen Sportelzeddels oder auch mündlich an Gerichtstelle erfolgt. Der letztere Modus wird sich namentlich auch dem Untersuchungsrichter empfehlen, der gleichzeitig der zur Publication des betreffenden Erkenntnisses berufene Beamte ist und mithin Gelegenheit hat, sofort an den Act der Publication jene Aufforderung anzuschließen.

Darüber, nach welchen Grundsätzen **bei der Umwandlung** einer nicht beizutreibenden gewesenen Geldstrafe zu verfahren ist, ertheilt §. 28, Abs. 1—3 und §. 29 des DStGB.'s aus-

führlichere Vorschriften. Aus ihnen lassen sich zunächst folgende ganz zweifellose Sätze extrahiren:

1.

Der Mindestbetrag einer an die Stelle einer Geldstrafe tretenden Freiheitsstrafe ist ein Tag (§. 29, Abs. 2).

2.

Eine wegen eines Verbrechens erkannte Geldstrafe ist in Gefängnißstrafe zu verwandeln, deren zulässiger Höchstbetrag dabei ein Jahr ist, und ist bei dieser Umwandlung der Betrag von einem bis zu fünf Thalern einer eintägigen Gefängnißstrafe gleichzuachten (§. 28, Abs. 1; §. 29, Abs. 1, 2).

3.

Eine wegen eines Vergehens erkannte Geldstrafe ist in Gefängnißstrafe, deren Höchstbetrag dabei ein Jahr ist, und zwar nach dem Maßstabe von einem bis zu fünf Thalern pro Tag zu verwandeln, es wäre denn, daß dieselbe nicht über zweihundert Thaler betrüge, und daß es sich überdies um ein solches Vergehen handelte, bei welchem Geldstrafe allein oder an erster Stelle oder wahlweise neben Haft angedroht wäre; solchenfalls kann diese Geldstrafe — und zwar nach gleichem Geltungsmaßstabe — in Haft umgewandelt werden, jedoch immerhin lediglich unter der weiteren Voraussetzung, daß die bei einer solchen Umwandlung ausfallende Haftstrafe die Dauer von sechs Wochen nicht übersteigt (§. 28, Abs. 1, 2; §. 29, Abs. 1, 2).

4.

Eine wegen einer Uebertretung erkannte Geldstrafe ist — und zwar nach dem Maßstabe von einem Drittheil bis fünf Thaler pro Tag — in Haft zu verwandeln, deren Höchstbetrag dabei sechs Wochen ist (§. 28, Abs. 1; §. 29, Abs. 2).

5.

In den Fällen sub 3 und 4 soll auf die dort gedachten

Strafhöhen beziehentlich von einem Jahr Gefängniß und von sechs Wochen Haft nicht einmal zugekommen werden, sobald das betreffende Delict neben der Geldstrafe wahlweise mit einer, diese beziehentlich einjährige und sechswöchige Dauer nicht erreichenden Freiheitsstrafe bedroht ist; in Fällen dieser Art darf vielmehr die in Folge der Umwandlung an die Stelle der Geldstrafe tretende Gefängniß- und resp. Haftstrafe überhaupt nicht von längerer Dauer sein, als der Höchstbetrag der bezüglich des betreffenden Delicts wahlweise angedrohten Freiheitsstrafe (§. 29, Abs. 2).

6.

Bei der in den Fällen sub 2, 3, 5 gewonnenen Gefängnißstrafe ist es dann nicht zu lassen, dafern neben der Geldstrafe, an deren Stelle jene Freiheitsstrafe treten sollte, auf Zuchthaus erkannt war, vielmehr ist solchenfalls diese Gefängnißstrafe und zwar nach dem in §. 21 gedachten Geltungsverhältnisse in Zuchthausstrafe aufzuziehen (§. 28, Abs. 3).

Jedoch ist wohl darauf Acht zu haben,

7.

daß alles Dasjenige, was vorstehend sub 2, 3, 4 über den Höchstbetrag der zu substituirenden Freiheitsstrafe bemerkt wurde, nur insoweit Geltung beansprucht, als es sich um die Umwandlung einer einzelnen Geldstrafe handelt; sind mehrere Geldstrafen umzuwandeln, die wegen mehrerer strafbarer Handlungen allein oder neben einer Freiheitsstrafe verwirkt waren, so tritt die Vorschrift des §. 78 in Wirksamkeit, wonach der Höchstbetrag der betreffenden Gesammtgefängnißstrafe nicht blos in einem, sondern in zwei Jahren, und der Höchstbetrag der betreffenden Gesammthaft nicht blos in sechs Wochen, sondern in drei Monaten besteht.

Es mag zur Erläuterung dieser Sätze noch Einiges hinzugefügt werden.

Sowie sich zunächst aus ihnen im Allgemeinen die Negative ergiebt, daß Geldstrafe niemals in Festungsstrafe umgewandelt werden könne, selbst dann nicht, wenn neben ihr auf diese

Strafart erkannt worden sein sollte, so resultirt auch insbesondere aus dem Satze sub 1 gleichzeitig soviel, daß ein etwa bei der Umwandlung ausfallender Tagesbruchtheil in Wegfall zu kommen hätte, und daß demnach, insoweit sich bei Umwandlung einer Geldstrafe unter Zugrundelegung des sub 2 und 3 gedachten Maßstabs ein Geldrest ergäbe, der zu gering wäre, um einen vollen Tag Freiheitsstrafe zu repräsentiren, ersterer überhaupt gänzlich außer Berücksichtigung zu bleiben haben würde.

Während ferner nach Obigem hervorgehoben werden mußte, daß bei Normirung der zu erkennenden Geldstrafe die Persönlichkeit und die Erwerbsverhältnisse des Angeschuldigten völlig außer Betracht zu bleiben hätten, versteht es sich doch ganz von selbst, daß bei dem Acte der Umwandlung und bei der Wahl des dabei in Frage kommenden Geltungsmaßstabs (sub 2, 3) dieses Moment von hervorragender Bedeutung werden muß.

Besondere Aufmerksamkeit verdient das dem Richter eingeräumte Ermessen, eine wegen eines Vergehens erkannte Geldstrafe unter Umständen auch nur in Haft zu verwandeln (vergl. sub 3). Der ersten dabei vorausgesetzten Bedingung, daß die erkannte Geldstrafe nicht den Betrag von 200 Thalern und die an ihre Stelle tretende Freiheitsstrafe nicht die Dauer von sechs Wochen übersteigen dürfe, liegt jedenfalls die Erwägung zu Grunde, daß das regelmäßige Haftmaximum von sechs Wochen (§. 18) auch hier nicht überschritten werden sollte, und daß das Werthsverhältniß von 42 Tagen, dafern man den Maßstab von 5 Thalern pro Tag anlegt, in runder Summe auf 200 ($42 \times 5 = 210$) Thaler sich beziffert. — Bei der Frage, ob die zweite der aufgestellten Bedingungen vorliege, ist wohl zu erwägen, daß der Gesetzgeber nur Geldstrafen im Auge hat, welche allein oder an erster Stelle oder wahlweise neben Haft angedroht sind, und daß mithin die Umwandlung einer wegen eines Vergehens erkannten Geldstrafe in Haft dann schlechterdings ausgeschlossen ist, dafern wegen des nämlichen Vergehens Gefängniß und Geldbuße cumulativ erkannt oder Gefängniß und Geldstrafe zwar alternativ, aber die erstere Strafart an erster Stelle angedroht sein sollte. In den beiden letzteren Fällen

wird die Geldstrafe schlechterdings in Gefängniß umzuwandeln sein.

Einige Schwierigkeiten bietet die Anwendung des oben sub 6 hervorgehobenen Satzes. — Vor allem macht sich der Zweifel geltend, ob neben dem in §. 28, Abs. 3 allegirten §. 21 auch der §. 19 dergestalt zu beachten sei, daß eine bei der ersten Umwandlung gewonnene Gefängnißstrafe nur insoweit, als sie mindestens einen vollen Monat Zuchthaus ergiebt, verwandelt werden könne? ob gegentheiligen Falls von einer Umwandlung der Gefängnißstrafe völlig abzusehen, und diese dann entweder in Wirklichkeit zu vollstrecken oder ohne Weiteres als absorbirt anzusehen sei? sowie, ob letzteres nicht schlechterdings bezüglich der Monatsbruchtheile zu gelten habe, welche bei der vorgenommenen Reducirung über die vollen Monate überschießen? Die Ansichten der Commentatoren des DStGB.'s gehen in dieser Frage ziemlich weit auseinander. So ist Rüdorff der Meinung, daß §. 19 mit allen seinen Consequenzen durchzuführen und daß daher auch, sofern sich nicht wenigstens ein voller Monat Zuchthaus ergiebt, die Gefängnißstrafe ohne Weiteres als durch die Zuchthausstrafe bereits absorbirt anzusehen, ebenso aber auch jeder überschießende Monatsbruchtheil in Wegfall zu bringen sei*). Auch Schwarze scheint sich dieser Ansicht zuzuneigen**). Dagegen vertritt Oppenhoff gerade die entgegengesetzte Ansicht***), und meines Bedünkens gebührt dieser der Vorzug. Auch mir scheint nämlich §. 19, Abs. 2 ausschließlich auf die Principalstrafe bezogen werden zu dürfen. Geht man nicht hiervon aus, so würde man beispielsweise auch die Vorschrift des §. 60 in allen Fällen, in denen nur einige Tage oder Wochen unverschuldeter Haft in Frage kommen, geradezu illusorisch machen†). — Nicht minder kann die Interpretation der im §. 28 Abs. 3 gebrauchten Worte: „War neben der Geldstrafe auf Zuchthaus erkannt", zu einem Zweifel Ver-

*) Vergl. Commentar S. 140, Anm. 3. — **) Vergl. Commentar S. 86. — ***) Vergl. Commentar S. 50, Anm. 3. — †) Der Vorschlag, welchen Rüdorff für Fälle dieser Art macht (S. 126), scheint mir der gesetzlichen Basis zu entbehren.



anlassung geben. Nicht als ob ich es etwa danach für schlechterdings bedenklich bezeichnen wollte, diese Worte außer auf den Fall, wo wegen des nämlichen Verbrechens auf Zuchthaus und Geldstrafe erkannt worden, auch auf solche Fälle zu beziehen, in denen die Geldstrafe wegen eines anderen, als des mit Zuchthausstrafe belegten Delicts erkannt gewesen sein sollte: vielmehr will ich es nur nicht als ganz zweifellos angesehen wissen, bis zu welchem Zeitpunkte in Fällen der letzteren Art §. 28, Abs. 3 maßgebend werde. Am Nächsten liegt es indessen wohl, die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf derartige Fälle davon, daß die bezüglichen Delicte materiell concurrirten, oder richtiger davon abhängig zu machen, daß in letzteren die Voraussetzungen des §. 79 zusammengetroffen sein müssen. Wäre diese Auslegung zu billigen, so würde folgerichtig zu sagen sein: §. 28, Abs. 3 ist nur anwendbar, insoweit bei der Fiction, als ob wegen des betreffenden Delicts überhaupt nicht sowohl auf Geldstrafe, als vielmehr von Haus aus auf Gefängniß erkannt worden wäre, §. 74, Abs. 2 in Anwendung zu bringen gewesen sein würde. Gleichwohl bleiben auch dieser Auffassung gegenüber mannigfache andere Bedenken übrig. Ich will nur eins derselben hervorheben. Gesetzt, es würde gegen A in dem einen Erkenntnisse wegen eines Verbrechens auf Zuchthaus, dagegen noch vor vollständiger Verbüßung dieser Strafe in einem zweiten Urtel wegen eines noch vor der ersten Verurtheilung begangenen Vergehens auf eine Geldstrafe erkannt. Diese Combination wäre ganz zweifellos eine solche, wie sie die nurgedachte Fiction voraussetzt. Angenommen nun aber, die Umwandlung dieser noch vor vollständiger Verbüßung der Zuchthausstrafe erkannten Geldstrafe käme erst nach vollständiger Strafvollstreckung in Frage: würde es nunmehr noch zuläßig sein, auf die bei dieser Umwandlung gewonnene Gefängnißstrafe die Vorschrift des §. 28, Abs. 3 in Anwendung zu bringen? Ich möchte dies bezweifeln; mit der völligen Verbüßung der Zuchthausstrafe scheint mir auch die Grenze für die Zulässigkeit der nachträglichen Reducirung einer substituirten Gefängnißstrafe überschritten zu sein.

In gleicher Maße wird man sich zu hüten haben, den oben sub 5 hervorgehobenen Satz, welcher der Schlußbestimmung des §. 29 entnommen ist, mißzuverstehen. Insbesondere wird man sich jederzeit gegenwärtig zu halten haben, daß durch letztere nur der Höchstbetrag der Umwandlungsdauer, keineswegs aber zugleich der Mindestbetrag derselben begrenzt worden ist. Man denke an das in §. 140 behandelte Vergehen der Militärpflichtentziehung, welches mit Geldstrafe von 50—1000 Thaler oder mit Gefängniß von einem Monate bis zu einem Jahre bedroht ist und nehme einmal an, es wäre auf Grund dieses Paragraphen dem A eine Geldbuße von 1000 Thalern, sowie dem B eine solche von 50 Thalern auferlegt. Wie, wenn diese Geldstrafen in Gefängniß umgewandelt werden müßten und dabei in Ansehung des A der Maßstab von 2 Thalern, und rücksichtlich des B ein solcher von 5 Thalern pro Tag angemessen erschiene? In diesem Falle würde allerdings die Geldstrafe des A nicht in 500 Tage, sondern nur in 1 Jahr Gefängniß umgewandelt werden können, wogegen der Umwandlung der Geldstrafe des B in zehntägiges Gefängniß jene Vorschrift sicherlich nicht entgegenstünde.

Gilt aber die im Schlußsatze des §. 29 enthaltene Beschränkung auch dem Abs. 2 des §. 78 gegenüber? Man setze den Fall, C wäre nach §. 287 (welcher Geldstrafe von 50 bis 1000 Thaler oder Gefängniß bis zu 6 Monaten androht) zu einer Geldstrafe von 1000 Thalern, ingleichen nach §. 292 (dessen Strafrahmen in Geldstrafe bis zu 100 Thalern oder in Gefängniß bis zu 3 Monaten besteht) zu einer Geldstrafe von 100 Thalern verurtheilt und es wäre nach Lage der Sache an sich gerechtfertigt, die auf 1100 Thaler sich belaufende, nicht beizutreibende Gesammtgeldstrafe nach dem Maßstabe von 1 Thaler pro Tag in Gefängniß zu verwandeln; ist man hier lediglich durch Abs. 2 des §. 78 in der Weise, daß man nicht über 2 Jahr Gefängniß hinausgehen könnte, beschränkt, oder soll auch hier das im Schlußsatze des §. 29 etablirte Princip dergestalt in Wirksamkeit treten, daß in dem supponirten Falle der Höchstbetrag der zu substituirenden Gefängnißstrafe die

Summe der in den beiden §§. 287 und 292 angedrohten Gefängnißmaxima, also die Dauer von 9 Monaten Gefängniß nicht übersteigen darf? Ich muß mich für diese letztere Ansicht entscheiden; Abs. 2 des §. 78 scheint mir überhaupt eine Bestimmung zu enthalten, der richtiger ihr Platz im §. 28 angewiesen worden wäre; diese beiden Vorschriften stehen in dem engsten Zusammenhange und es dürfte nicht die geringste Veranlassung vorliegen, ausschließlich auf die eine derselben den im Schlußsatze des §. 29 zum Ausdrucke gebrachten ganz richtigen Grundsatz beziehen und anwenden zu wollen.

Von praktischer Bedeutung ist ferner die Frage, ob und inwieweit die allgemeinen Vorschriften des DStGB.'s über den zulässigen Höchstbetrag der verschiedenen Strafen auch da anwendbar seien, wo die hierunter normirte Maximaldauer durch den Hinzutritt einer auf Grund der §§. 28, 29 gewonnenen Freiheitsstrafe überstiegen wird. Man vergegenwärtige sich also beispielsweise, daß ein mehrfach rückfälliger Betrüger wegen verschiedener neuer Betrügereien nach §. 264 verbunden mit §§. 74 und 78, Abs. 1 zu 14 Jahren Zuchthaus und zu einer Gesammtgeldstrafe von 5000 Thalern verurtheilt, sowie daß letztere wegen ihrer Uneinbringlichkeit umzuwandeln wäre. Darf hier die dieser Geldstrafe zu substituirende Freiheitsstrafe, welche 2jährigem Gefängniß und 16monatigem Zuchthaus gleichstehen würde (§. 78, Abs. 2 verbunden mit §. 28, Abs. 3 und §. 21) dergestalt zur vollständigen Vollziehung gelangen, daß an dem Angeklagten nunmehr 14 Jahr + 1 Jahr 4 Monate Zuchthaus zu vollstrecken sind oder hat es auf Grund des §. 14, Abs. 2 verbunden mit §. 74, Abs. 3 bei der Vollstreckung von nur 15 Jahren Zuchthaus zu bewenden? Ich entscheide mich dahin, daß beide Strafkörper ganz unabhängig von einander zur Geltung gelangen müssen, und daß mithin ebenso die Principalstrafe von 14 Jahren Zuchthaus, wie jene substituirte 16monatige Zuchthausstrafe ungekürzt zur Vollziehung zu bringen sei. Meines Erachtens können die zuletztgedachten Vorschriften nur auf eine solche Principalstrafe — bestehe diese nun in einer wegen eines einzigen Delicts erkannten Einzelstrafe

(§. 14, Abs. 2), oder in einer aus verschiedenen Freiheitsstrafen zusammengesetzten Gesammtstrafe (§. 74, Abs. 3), bezogen werden; die einer neben einer solchen Principalstrafe erkannten Geldstrafe substituirte Freiheitsstrafe ist ein — übrigens nach Maßgabe des §. 29, Abs. 4 nicht einmal die Gewähr der Unabänderlichkeit in sich tragendes — Accessorium, auf welches man jene Vorschriften kaum beziehen darf. — Daß diese Auffassung gewisse Ungleichheiten im Gefolge haben müsse, ist nicht zu läugnen; man braucht nur an den Fall zu denken, wo A und B neben einem mit 15jährigem Zuchthaus zu ahndenden Verbrechen ein Delict verübt haben, welches bei ersterem gleich von Haus aus mit Gefängniß, dagegen bei dem B lediglich mit Geldstrafe zu ahnden war. Hier wird allerdings bezüglich des A schlechterdings §. 74, Abs. 3 wirksam werden, während dies betreffs des an sich mit der milderen Strafe belegten B nicht der Fall wäre. Indessen solche Ungleichheiten sind nun einmal den hierher gehörigen Vorschriften des DStGB.'s gegenüber nicht zu vermeiden. So würde bei der gegentheiligen Auffassung Derjenige, von welchem die ihm neben 15jährigem Zuchthaus auferlegte Geldstrafe nicht beigetrieben zu werden vermöchte, wegen des betreffenden Delicts ohne alle besondere Strafe bleiben, während sein vielleicht mit ganz den nämlichen Strafen belegter Genosse die Geldstrafe zu entrichten in der Lage wäre, und mithin wegen jenes Delicts an seinem Vermögen gestraft würde. — Ganz das Nämliche dürfte in Ansehung der Fälle gelten, in denen a. neben Gefängniß oder b. neben Haft auf eine Geldstrafe erkannt worden und letztere zu a. in Gefängniß oder zu b. in Haft zu verwandeln sein sollte. Es würde hier meinem Dafürhalten nach die an Stelle dieser Geldstrafe tretende, möglicher Weise bis zu 1 oder 2 Jahr Gefängniß und bis zu 6 Wochen oder 3 Monate Haft ansteigende Freiheitsstrafe (§. 28, Abs. 1; §. 29, Abs. 2; §. 78, Abs. 2) schlechterdings ganz selbstständig zu behandeln und durchaus unberührt davon zum Vollzug zu bringen sein, ob etwa bei Summirung ihrer Strafdauer mit derjenigen der Principalstrafe eine höhere Gesammtstrafdauer sich ergeben würde, als welche in §. 16, Abs. 1

verbunden mit §. 74, Abs. 3, sowie in §. 18, Abs. 1 verbunden mit §. 77, Abs. 2 als höchstes Maß des Gefängnisses und der Haft bezeichnet ist. — Dafern man sich endlich den Fall denkt, daß ein Angeklagter mit Zuchthaus oder Gefängniß und daneben mit Geldstrafe belegt, sowie, daß diese letztere Strafe nachträglich in Haft umzuwandeln wäre, so könnte es meiner Meinung nach noch weniger einem Bedenken unterliegen, die hierbei ausfallende Haft ohne alle Rücksicht auf das Maß des betreffs der Principalstrafe zulässigen Höchstbetrags zur vollen Geltung zu bringen. In einem solchen Falle kommt namentlich überdies in Erwägung, daß es nach §. 17 überhaupt keinen Maßstab für das Geltungsverhältniß der Haft giebt, und daß diese Strafart daher jederzeit ihren selbstständigen, durch daneben erkannte andere Strafarten ganz unbeirrten Weg geht. — Dieser letztere Gesichtspunkt scheint mir übrigens auch noch für Beantwortung einer verwandten Frage maßgebend zu werden. Gesetzt, es wären von verschiedenen Geldstrafen eine oder mehrere in Gefängniß, beziehentlich in Zuchthaus, dagegen die übrigen, wegen verschiedener Uebertretungen erkannten in Haft umzuwandeln, sowie weiter angenommen, es ergäbe sich bei Vornahme der zuerstgedachten Umwandlung eine Gefängnißstrafe von beziehentlich 1 oder 2 Jahren oder ein Zuchthauszusatz von 8 resp. 16 Monaten: würden solchenfalls diese beiden letzteren höchsten Umwandlungssätze zugleich die überdies vorliegenden Uebertretungsgeldstrafen consumiren, oder würde die bei Umwandlung der letzteren ausfallende Haft neben jenen vollstreckt werden können? Ich muß mich zu dieser letzteren Auffassung bekennen, eben weil die Haftstrafe neben allen übrigen Strafarten selbstständig einherzugehen hat. Der nämlichen Ansicht ist auch Rüdorff*), anderer Meinung dagegen Oppenhoff, welcher in Fällen dieser Art von der Umwandlung der Uebertretungsstrafen gänzlich absehen zu sollen glaubt**).

Hiermit glaube ich die wesentlicheren Zweifel besprochen zu

*) Commentar S. 138, Anm. 7.

**) Commentar S. 58, Anm. 10.

haben, auf die ich beim Studium der Frage stieß, welche Grundsätze bei Vornahme einer Geldstrafenumwandlung zu befolgen sein möchten; allein ich bin weit entfernt von dem Irrthume, als ob die von mir versuchte Lösung die einzig richtige sein müßte. Das DStGB. hat gerade in der hier einschlagenden Partie einer Kürze des Ausdrucks sich befleißigt, die kaum mehr das diesem Gesetzbuche sonst gebührende Lob der Ausdrucksknappheit für sich beanspruchen kann; die in dieser Partie aufgestellten Sätze sind vielmehr so dürftig ausgefallen, daß sie zum Theil die divergirendsten Auslegungen gestatten — ein Uebelstand, der um so schwerer wiegt, je weniger es sich etwa gerade hier um Vorschriften über Materien handelt, deren Detailausarbeitung von der Wissenschaft übernommen werden kann; Grundsätze, wie die über das Maß von Strafen, über das Wegfallen von Strafbruchtheilen u. s. w. sind an sich so rein formeller Natur und gewissermaßen so vorwiegend nur auf das — vielleicht oft sogar nur vermeintliche — praktische Verwaltungsbedürfniß berechnet, daß sie sich einer auf die Doctrin gestützten Interpretation nahezu gänzlich entziehen.

Wie steht es aber mit der Competenz zu Vornahme der in §§. 28, 29 angeordneten Umwandlung? Das DStGB. läßt diese Frage, als eine rein prozessuale, gänzlich unbeantwortet, und es werden daher in dieser Beziehung die Strafprozeßgesetze der Einzelstaaten in Wirksamkeit zu treten haben. Was in dieser Beziehung das Königreich Sachsen betrifft, so ist mir keine allgemeine Prozeßvorschrift bekannt, welche hierunter einschläglich werden könnte; es wird sich vielmehr wohl nur fragen lassen, ob für den Sächsischen Richter etwa noch fernerhin die im Art. 28 des RStGB.'s enthaltene und nicht etwa schon durch §. 2 des Einführ.-Ges. zum DStGB. aufgehobene*) Bestimmung verwerthbar bleibt, wonach die Umwandlung der in diesem Artikel gedachten Geldstrafe „von dem Richter, welcher das Erkenntniß gesprochen", vorgenommen werden sollte. Ich glaube dies indessen verneinen zu müssen. Diese prozessuale

*) Vergl. den vorigen Aufsatz S. 14 sub I.

Bestimmung paßt auf die Umwandlungsfälle der §§. 28, 29 des DStGB.'s schon um deswillen ganz und gar nicht, weil es nach den Vorschriften des letzteren nicht selten nöthig werden wird, Geldstrafe in Zuchthaus zu verwandeln — eine Maßnahme, welche das RStGB. überhaupt nicht kannte, als weshalb auch der Art. 28 dieses Gesetzbuchs ganz ausdrücklich nur von demjenigen Richter spricht, welcher vorkommendenfalls eine Geldstrafe in Gefängniß zu verwandeln habe. — Meines Erachtens dürfte daher in der hier fraglichen Beziehung der Erlaß einer neuen prozessualen Vorschrift dringend wünschenswerth sein. Dabei wird übrigens die Wahl einer thunlichst geeigneten Anordnung gar nicht so leicht fallen, wie es auf den ersten Anblick den Anschein gewinnen könnte. Sähe man die Geldstrafenumwandlung nur als einen einfachen Act der Strafvollstreckung an und wiese man selbige deshalb dem Untersuchungsrichter in der Maße zu, daß durch selbigen vermittelst einfacher Resolution zu entscheiden und daß gegen eine solche Entscheidung nur der Weg der Beschwerde resp. der bloßen Aufsichtsbeschwerde zulässig wäre, so würde ein solches Verfahren allerdings den großen Vorzug der Kürze für sich haben; indessen andererseits läßt sich doch wohl kaum verkennen, daß nach Obigem die einschläglichen Rechtsfragen zu zahlreich sind, um nicht die Bürgschaft größerer Gründlichkeit, welche doch jedenfalls in Abfassung eines förmlichen Erkenntnisses und in der Gewährung der ordentlichen Rechtsmittel hiergegen liegen dürfte, als bestimmend anzusehen.

Es erübrigt nur noch, einige Worte zur Erläuterung des §. 28, Abs. 4 hinzuzufügen. Wenn daselbst bestimmt wird, „daß sich der Verurtheilte durch Erlegung des Strafbetrags, soweit dieser durch die erstandene Freiheitsstrafe noch nicht getilgt sei, von der letzteren freimachen könne", so möchte vor allem darauf aufmerksam zu machen sein, daß es hiernach, sobald einmal die Geldstrafe wegen ihrer Uneinbringlichkeit umgewandelt worden, nicht mehr in dem freien Ermessen des Gerichts, diese Umwandlung rückgängig zu machen und auf die von Haus aus erkannte Geldstrafe zurückzugreifen, vielmehr

ausschließlich noch in der Macht des Verurtheilten ruht, sich von dem Antritte der Freiheitsstrafe resp. von Fortsetzung ihrer begonnenen Vollstreckung zu befreien; er vermag dies seinerseits durch die Zahlung der Geldstrafe resp. durch Berichtigung des vollen Restbetrags, aber auch nur durch eine desfallsige Vollzahlung; eine etwaige Theilzahlung würde von dem Richter zurückzuweisen sein und den Strafvollzug nicht hindern oder sistiren. Der von Oppenhoff vertheidigten gegentheiligen Ansicht, daß die bereits erfolgte Umwandlung einer Geldstrafe und die bereits theilweise Verbüßung der substituirten Freiheitsstrafe das Befugniß des Gerichts nicht ausschließe, anderweit wegen Beitreibung der erkannt gewesenen Geldstrafe vorzugehen*), steht schon die Erwägung entgegen, daß Abs. 4 nur von einem Befugnisse des Verurtheilten spricht**). — Auf wie hoch berechnet sich aber der in Abs. 4 gedachte Strafbetrag? Derselbe dürfte wohl jedenfalls nach dem der Umwandlung zu Grunde gelegten Maßstabe auszuwerfen sein, jedoch dergestalt, daß dabei ein etwa erst theilweise verbüßter Tag als voll gerechnet werden müßte. Insbesondere bin ich auch nicht der Meinung, daß, dafern etwa bei dem Acte der Umwandlung ein nicht verwandlungsfähiger kleiner Geldrest hätte außer Ansatz bleiben müssen, Solches dem Verurtheilten auch im Falle des Abs. 4 zu Gute käme. Man nehme als Beispiel, daß A mit einer Geldstrafe von 45 Thalern belegt, daß letztere nach dem Maßstabe von 4 Thalern pro Tag in elftägiges Gefängniß verwandelt worden wäre und daß A, nachdem er drei und einen halben Tag von seiner Strafzeit abgesessen, Zahlung offerirte; hier würde ihm der über den Betrag von 44 Thalern überschießende eine Thaler kaum zu Gute gerechnet werden können, wohl aber würde so zu verfahren sein, als ob derselbe bereits vier volle Tage verbüßt hätte; er würde mithin, um sich von dem Strafreste zu befreien, 45 — (4 × 4) Thaler zu bezahlen haben. — Ebenso würde es meinem Dafürhalten nach unrichtig

---

*) Commentar zu §. 28, Anm. 4. — **) Vergl. hierüber auch Rüdorff's Commentar S. 139, Anm. 2.

sein, dafern man nicht von ganz gleichen Grundsätzen auch in den Fällen ausgehen wollte, in denen bei Umwandlung der betreffenden Geldstrafe von Haus aus deren voller Betrag lediglich um deswillen nicht zum Ausdruck gebracht werden konnte, weil die Dauer der ihr zu substituirenden Freiheitsstrafe den in §. 29, Abs. 2 und in §. 78, Abs. 2 normirten Maximalbetrag überstiegen haben würde; auch hier dürfte vielmehr der Verurtheilte sich lediglich durch Bezahlung der erkannt gewesenen Summe oder deren Rests von resp. weiterer Strafe befreien können*). Man setze also den Fall, eine dem A auferlegte Geldstrafe von 2000 Thalern hätte nach dem Maßstabe von 2 Thalern pro Tag in Freiheitsstrafe umgewandelt werden sollen, es hätten aber die solchenfalls ausfallenden 1000 Tage Gefängniß nach §. 29, Abs. 2 auf einjähriges Gefängniß (365 resp. 366 Tage) reducirt werden müssen; hier würde A nach bereits erfolgter Verbüßung von 100 Tagen nicht etwa blos $(365 - 100) \times 2 = 530$ Thlr., vielmehr $1000 - (100 \times 2)$, also annoch 800 Thaler zu erlegen haben, um seinen ganzen Strafrest zu tilgen.

---

*) Vergl. Oppenhoff S. 59, Anm. 19, sowie Rüdorff S. 138, Anm. 8.

Zur Auslegung von §. 1869 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von Herrn Oberappellationsrath Dr. **Winzer**.

Das BGB. bestimmt in §. 1869:

> Ist die (außerehelich) Geschwängerte verheirathet, so ist zu vermuthen, daß deren Ehemann während der Dauer der Ehe die Kosten des Unterhalts des Kindes für die Vergangenheit bestritten habe; wegen des von dem außerehelichen Vater zu leistenden Beitrags für die Zukunft gelten die Bestimmungen in §§. 1862 bis 1865.

Während nun der erste Theil dieses §. zu Zweifeln keinen Anlaß bietet, indem derselbe offenbar soviel besagt, daß, wenn die Geschwängerte verheirathet sei, bezüglich des während der Dauer der Ehe dem Kinde gewährten Unterhalts nicht die im Schlußsatze von §. 1868 festgesetzte, sondern eine andere Vermuthung und zwar eine Vermuthung zu Gunsten des Ehemannes Platz zu ergreifen habe, läßt sich über die Auslegung des zweiten Theils allerdings streiten.

Es fragt sich nämlich, ob durch die Worte:

> „wegen des von dem außerehelichen Vater" u. s. w.

dem Ehemanne der Geschwängerten das Recht, von dem außerehelichen Vater des Kindes den gesetzlichen Beitrag zu dessen Unterhalte für die Zukunft zu fordern, überhaupt abgesprochen, oder ob damit vielmehr die Berechtigung des Ehemannes,

auf zukünftige Alimente zu klagen, an sich anerkannt und nur an eine gewisse Voraussetzung geknüpft werden sollen.

Für den ersten Augenblick gewinnt es nun in der That das Ansehen, als müsse man sich für die zuletztgedachte Ansicht entscheiden.

Denn da nach §. 1869 in dem Falle, wenn die Geschwängerte verheirathet ist, wegen des von dem außerehelichen Vater für die Zukunft zu leistenden Beitrags die Bestimmungen in §§. 1862 bis 1865 gelten sollen, von diesen Paragraphen aber §. 1865 vorschreibt, daß auf den Beitrag für die Zukunft die Mutter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts klagen könne, so liegt die Annahme nahe, daß durch die Verweisung auf §. 1865 blos bezweckt worden sei, auszudrücken, der Ehemann der Geschwängerten bedürfe, wenn er den Alimentenbeitrag für die Zukunft einklagen wolle, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Gleichwohl ist die zuerst erwähnte Ansicht, welche übrigens, wie das in den

Annalen N. F. Bd. 4, S. 95,

sowie in der

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. 31, S. 74 flg.

zur Veröffentlichung gelangte Präjudiz lehrt, von dem OAG. befolgt, nicht minder von

Schmidt in den Vorlesungen über das in dem Königreiche Sachsen geltende Privatrecht Bd. 2, §. 164, S. 106

vertheidigt, auch anscheinend von

Siebenhaar nach dem Commentar zu dem BGB. Bd. 3, zu §. 1869, S. 170 (ed. 2)

getheilt wird, die allein richtige.

Denn an sich ist, wie schon nach dem Mandate vom 12. November 1828, so auch nach dem BGB., das außereheliche Kind selbst diejenige Person, welcher der Anspruch an den außerehelichen Schwängerer auf Gewährung eines Beitrags zu dem Unterhalte zusteht. Es können daher, wie dies namentlich aus §. 1868 des BGB.'s hervorgeht, die Mutter sowohl, als

dritte Personen ihrerseits diesen Beitrag nur auf Grund einer negotiorum gestio fordern.

Annalen N. F. Bd. 1, S. 534 und die dort angezogenen Entscheidungen.

Nun setzt aber jede negotiorum gestio schon ihrem Begriffe nach etwas bereits Geschehenes voraus, oder mit anderen Worten, von einem Anspruche ex negotiorum gestione kann nur auf Grund dessen, was man für einen Andern schon gethan hat, nicht auf Grund dessen, was man für ihn erst künftig zu thun beabsichtigt, die Rede sein.

Folgerichtig würde mithin eigentlich jeder Person, außer dem Vormunde des Kindes, das Recht abgesprochen werden müssen, von dem Schwängerer zukünftige Alimente einzuklagen. Wenn daher das BGB. gleichwohl in §. 1865 der Mutter des außerehelichen Kindes verstattet, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Schwängerer auf den Beitrag zu dem Unterhalte für die Zukunft klagend in Anspruch zu nehmen, so liegt hierin offenbar eine Ausnahmebestimmung, welche ihren Grund darin haben mag, daß man entweder die Mutter als natürliche Vormünderin ihres außerehelichen Kindes betrachtet, oder mit Rücksicht auf die nach §. 1874 der Mutter obliegende gesetzliche Verpflichtung zur Ernährung des Kindes eine ähnliche Vermuthung wie die, welche nach §. 1868 ihr für die Vergangenheit zur Seite stehen soll, zu deren Gunsten auch in Betreff der Zukunft statuirt hat.

Weder der eine, noch der andere dieser Gründe läßt sich nun aber dafür anführen, daß ein gleiches Recht, wie nach §. 1865 der Mutter des außerehelichen Kindes eingeräumt worden, falls sie verheirathet ist, auch deren Ehemanne zugestanden werden müsse. Denn eine gesetzliche Verbindlichkeit, die außerehelichen Kinder der Ehefrau zu ernähren, besteht für den Ehemann überhaupt nicht, und daß derselbe auch nicht als natürlicher Vormund dieser Kinder angesehen werden könne, erhellt aus der Vorschrift in §. 1885 unter 5 des BGB.'s, wonach er zur Vormundschaft über sie sogar unfähig ist.

Schon hiernach wird man daher Bedenken tragen müssen, den Schlußworten in §. 1869 ohne zwingende Nothwendigkeit die Bedeutung unterzulegen, der Ehemann der außerehelich Geschwängerten könne gegen den Schwängerer auf die alimenta futura mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts klagen.

Es kommt jedoch noch hinzu, daß diejenige Auslegung, wonach durch die beregten Schlußworte dem Ehemanne der Geschwängerten in Betreff der zukünftigen Alimente das Klagrecht abgesprochen worden ist, sogar durch die Worte selbst geboten erscheint.

Denn die §§. 1862 bis 1865, auf welche darin Bezug genommen wird, gewähren das Recht, auf den Alimentenbeitrag für die Zukunft zu klagen, nur zwei Personen, nämlich dem durch den Vormund vertretenen Kinde selbst (in den allgemeinen Bestimmungen der §§. 1862 bis 1864) und — unter einer gewissen Voraussetzung — der Mutter des Kindes (§. 1865). Sollen also nach den Schlußworten des §. 1869 die Bestimmungen in §§. 1862 bis 1865 auch dann gelten, wenn die Geschwängerte verheirathet ist, so kann dies zusammengenommen mit dem ersten Theile des §. 1869 eben nichts Anderes bedeuten, als: Der Umstand, daß die Geschwängerte verheirathet ist, äußert zwar insofern Einfluß, als in Folge davon bezüglich des Unterhalts für die Vergangenheit die im zweiten Abschnitte des §. 1868 erwähnte Vermuthung zum Theil sich erledigt, und an deren Stelle eine Vermuthung zu Gunsten des Ehemannes Platz zu ergreifen hat; dagegen wird dadurch an dem, was in §§. 1862 bis 1865 in Bezug auf die alimenta futura bestimmt worden, etwas nicht geändert, vielmehr bleiben rücksichtlich der letzteren nach wie vor nur der Vormund, beziehentlich die Mutter des Kindes, klagberechtigt.

Schließlich mag nur noch bemerkt werden, daß die Richtigkeit der hier vertheidigten Auslegung der Schlußworte des §. 1869 auch aus den Protokollen über die Berathung des BGB.'s hervorgeht. In dem Protokolle 193 heißt es nämlich ausdrücklich:

„Was alimenta futura betrifft, so gab die Majorität lediglich der Mutter ein, wiewohl nur unter Beitritt des Ehemannes, als ehelichen Vormunds, auszuübendes Klagrecht gegen den Schwängerer, da hier der Natur der Sache nach von einer negotiorum gestio, auf welche allein ein dem Ehemanne zuzusprechendes Klagrecht gegründet werden möge, nicht die Rede sein könne. Man fand übrigens zweckmäßig, einen, diesem Beschlusse entsprechenden Satz — welchen jedoch Ein Mitglied der Commission für selbstverständlich erachtete — in das Gesetzbuch aufzunehmen.

Denn hiernach ist der Zweck der Schlußworte des §. 1869 eben gerade der gewesen, auszusprechen, daß der Ehemann der Geschwängerten kein Recht habe, auf alimenta futura zu klagen.

Präjudizien.

Materielles Strafrecht.

4.

Die in den Bezirksarmenarbeitshäusern angestellten Aufsichtsbeamten zählen zu den Beamten im Sinne von §. 113 verbunden mit §. 359 des NDStGB.'s.

Erk. vom 23. Jan. 1871 no. 53/44.

Der Angeschuldigte J., welcher zuletzt als Häusling in dem Bezirksarmenhause zu P. enthalten wurde, ist bezüchtigt, am 15. vor. Mon. mehrfacher Widersetzlichkeiten, und zwar theils gegen den Armenhausinspector G. und den Armenhausaufseher Sch., theils gegen den städtischen Polizeidiener P. sich schuldig gemacht zu haben. Auf Grund der deshalb angestellten gerichtspolizeilichen Erörterungen beantragte der Staatsanwalt nach beiden Richtungen die Fortstellung des Verfahrens und die unmittelbare Vorführung des Angeschuldigten zur Hauptverhandlung nach §. 113 des inmittelst in Kraft getretenen StGB.'s für den Norddeutschen Bund. Das BG. hat diesen Antrag in der ertheilten Entscheidung insoweit, als es sich dabei um Widersetzungsacte gegen den Inspector G. und den Aufseher Sch. handelt, wegen befundener rechtlicher Unzuläßigkeit abgelehnt, indem es der Ansicht ist, daß diese Personen überhaupt nicht den Beamten im Sinne des §. 359 des NDStGB.'s beizuzählen und insbesondere in einem Falle, wie der hier angezeigte, nicht als in rechtmäßiger Ausübung eines amtlichen, namentlich polizeilichen Befugnisses begriffen, anzusehen seien.

Das OAG. hat dieser Ansicht der vorigen Instanz weder in der einen noch in der anderen Beziehung beipflichten können. Dasselbe befindet vielmehr, daß der angezeigte Thatbestand auch insoweit, als dabei Widersetzungshandlungen gegen die beiden genannten Anstaltsbeamten in Frage kommen, dem §. 113 des NDStG.'s zu unterstellen sei. Das OAG. ist hierbei von nachstehenden Erwägungen ausgegangen.

Laut der von dem Ministerium des Innern in dem Gesetz- und Verordnungsblatte für das Jahr 1863 S. 739 veröffentlichten Bekanntmachung ist der Bezirksarmenverein zu P. — gleich einer Mehrzahl ähnlicher, zu gleichen Zwecken an anderen Orten des Königreichs Sachsen gegründeter Genossenschaften — eine unter diesem Namen bestehende Vereinigung einer größeren Anzahl von Städten, Landgemeinden und Rittergütern innerhalb der Amtshauptmannschaft zu P., welche zu Verfolgung von Aufgaben der Armenpolizei in einem zu P. zu errichtenden Bezirksarmenarbeitshause zusammengetreten ist und welcher, nach Ausweis derselben Bekanntmachung, unter Bestätigung ihrer Statuten, die Rechte einer moralischen Person verliehen worden sind. In §. 3 dieser, der miteingesendeten Schriftensammlung beiliegenden Statuten ist insbesondere „die Nöthigung arbeitsscheuer, der Localarmenversorgung zur Last fallender arbeitsfähiger Personen zu lohnender und nützlicher Thätigkeit" als Zweck des Vereins bezeichnet und das BG. selbst hebt in dieser Beziehung noch weiter hervor, daß die von dem Vereine begründete Bezirksarmenanstalt in der Hauptsache zu zwangsweiser Beschäftigung, beziehentlich correctioneller Behandlung arbeitsscheuer, sittlich verderbter und lüderlicher Personen bestimmt sei. Die von dem Vereine verfolgten Zwecke sind sonach solche, welche die öffentliche Wohlfahrt und Sicherheit wesentlich berühren, und daher an sich der staatlichen Fürsorge unterliegen. Hat nun aber der Staat diese Fürsorge und damit zugleich die Ausübung wenigstens eines Theiles seiner damit verbundenen polizeilichen Befugnisse auf den genannten Verein vermittelst des oben gedachten Actes seiner Anerkennung übertragen, so ergiebt sich daraus nach Ansicht des OAG.'s, daß nicht nur der Vereinsvorstand, welchem nach §. 12 sub c der Statuten die Ausübung der Disciplinar-

gewalt in der Anstalt obliegt, sondern auch die von dem Vorstande statutengemäß ernannten und mit der Aufrechterhaltung der correctionellen Hausdisciplin beauftragten Anstaltsbeamten während der Dauer ihrer Amtsführung und in Bezug auf selbige den im wenigstens mittelbaren Dienste eines Bundesstaates angestellten Beamten beizuzählen sind, woraus dann weiter von selbst folgt, daß diese Personen, wenn und so oft sie bei ihrem Amtsberufe in die Lage kommen, zum Zwecke der Aufrechterhaltung jener Disciplin zu polizeilichen Zwangsmaßregeln zu verschreiten, in Kraft des hierzu von dem Staate durch seine zuständigen Regierungsorgane delegationsweise auf sie übertragenen Befugnisses, als in der Vollstreckung von Anordnungen der Verwaltungsbehörden begriffene Beamte angesehen werden müssen. Der Umstand, daß in den von der vorigen Instanz angezogenen Paragraphen der Armenordnung vom Jahre 1840, insoweit dieselben überhaupt hier einschlagen, die mit der Armenpflege verbundenen polizeilichen Befugnisse den Ortspolizeibehörden vorbehalten sind, steht dem nicht entgegen, sondern spricht im Gegentheile dafür, insofern es im Wesentlichen gerade diese Befugnisse sind, deren Ausübung der Staat dem Vereine durch den gedachten Act seiner Anerkennung übertragen hat.

Aus diesem Gesichtspunkte muß daher auch die Stellung der beiden obengenannten Anstaltsbeamten G. und Sch. aufgefaßt werden, von denen der Erstere, nach Ausweis des dem Convolute beiliegenden Pflichtscheines und Anstellungsdecretes, von dem Vereinsvorstande zum Hausinspector an der Bezirksarmenanstalt ernannt ist, in welcher Eigenschaft ihm schon statutenmäßig die Handhabung der Hausdisciplin obliegt, während Sch. wenigstens in der Anzeige Bl. als Anstaltsaufseher unter dem gleichzeitigen Bemerken aufgeführt ist, daß ihm nächst dem Hausinspector die specielle Aufsicht über die Häuslinge sowohl in als außerhalb der Anstalt übertragen worden sei. Daß aber Beide bei den in der Anzeige gedachten Gelegenheiten, soweit ein Jeder von ihnen dabei thätig war, in rechtmäßiger Ausübung ihres Amtes sich befanden, würde sich dann nicht bezweifeln lassen, wenn ihnen dazu von dem Angeschuldigten, beziehentlich in solcher Weise, wie nach den vorliegenden Anzeigen geschehen, durch widerspenstiges Verhalten,

namentlich durch gewaltthätigen Widerstand gegen seine unter den angezeigten Umständen vollkommen berechtigte Zurückführung in die Arbeitsanstalt, Veranlassung gegeben worden war. Wenn das BG. daraus, daß der Angeschuldigte zur Zeit des gegen ihn erfolgten Einschreitens sich als bei einem Privatmanne verdungener Arbeiter außerhalb der Anstalt befand, einen Grund herleitet, die Rechtmäßigkeit dieser Amtsausübung in Zweifel zu stellen, so ist hiergegen auf den von dem BG. selbst angezogenen §. 11 der den Statuten beigedruckten Hausordnung zu verweisen, wonach die an Privatleute verdungenen Häuslinge hinsichtlich ihres Verhaltens denselben disciplinellen Bestimmungen, wie die in der Anstalt Arbeitenden unterliegen.

5.

Im fälschlichen Anfertigen und Gebrauchen eines, lediglich die Bitte um Unterstützungen enthaltenen Privatschreibens, ist keine Urkundenfälschung im Sinne von §. 267 des NDStGB.'s zu erblicken.

Erk. vom 20. Jan. 1871 no. 28/32.

Dagegen ist in dem festgestellten Gebahren der Angeklagten, dafern man solches nach dem NDStGB. beurtheilt, ein unter §. 270 verbunden mit §§. 267 und 268² fallendes Verbrechen zu erkennen. Zwar kann darin allein, daß die W. in rechtswidriger Absicht ein auf einen fremden Namen lautendes, die Bitte um Unterstützungen enthaltendes Schreiben fälschlich anfertigte und von demselben zum Zwecke von Täuschungen Gebrauch machte, eine Urkundenfälschung im Sinne von §. 267 nicht gefunden werden. Denn nach diesem §. kann nur an solchen Privaturkunden, welche zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sind, eine Urkundenfälschung begangen werden, und dieser Classe von Urkunden mag jenes Schreiben an sich betrachtet nicht beigezählt werden. Allein es hat die W. auf das fragliche Schreiben, ehe sie sich desselben zu Täuschungshandlungen bediente, annoch durch eine andere Person ein falsches, unter dem Namen eines Gemeindevorstandes ausgestelltes und die Hülfsbedürftigkeit desjenigen,

auf dessen Namen das Schreiben lautete, bescheinigendes Zeugniß bringen lassen. Dasselbe muß daher als eine öffentliche Urkunde angesehen werden, und da die W. das falsche Zeugniß, wissentlich als solches, zum Zwecke von Täuschungen benutzt hat, so entspricht ihre Handlungsweise den Begriffserfordernissen des im §. 270 des NDStGB.'s aufgeführten, der Urkundenfälschung gleichgestellten Verbrechens.

Strafprozeßrecht.

4.

Dafern in einem der in §. 50 der Ausführungsverordnung vom 10. December 1870 vorgesehenen Fälle das Bezirksgericht eine Zurückziehung des Fortstellungserkenntnisses nicht für geboten erachtet, genügt die Abfassung eines Collegialbeschlusses, in welchem dies ausgesprochen wird.

Verordn. vom 6. Febr. 1871 no. 83|78.

Anlangend die dahin gehende formelle Ausstellung, daß vorliegenden Falls nicht ein einfacher Collegialbeschluß, sondern ein anderweites förmliches Erkenntniß abzufassen gewesen wäre, so kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Die in §. 50 der Ausführungsverordnung vom 10. December 1870 enthaltene Vorschrift, welche in der hier fraglichen Beziehung ausschließlich maßgebend ist, ordnet keineswegs an, daß in einem Falle der vorliegenden Art schlechterdings zu Abfassung eines anderweiten Erkenntnisses verschritten werden müsse, vielmehr besagt dieselbe nur, daß dies „geeigneten Falls" d. h. dann geschehen solle, dafern Veranlassung vorhanden sei, das vor dem 1. Januar 1871 abgefaßte Erkenntniß zurückzuziehen; — sobald dagegen das BG., wie Solches gegenwärtig der Fall war, zu der Ansicht gelangt, daß die Sachlage ein Zurückziehen des früheren Erkenntnisses nicht bedinge, entspricht jedenfalls die Form, in der dies ausgesprochen worden ist,

vollständig ebenso dem Gesetze als dem praktischen Bedürfnisse. Auch die Bestimmung des Art. 269, Abs. 4 der RStPO., der jene Vorschrift des §. 50 offenbar nachgebildet worden ist, wurde bisher jederzeit nur in diesem Sinne aufgefaßt. Uebrigens ist es auch insbesondere nicht richtig, wenn Bl. behauptet werden will, es sei den Remedenten durch die gewählte Entscheidungsform ein Rechtsmittel entzogen worden; würde nämlich die Entscheidung in der That als materiell unrichtig anzuerkennen gewesen sein, so würde die erhobene Beschwerde die Wiederaufhebung derselben und zugleich die Anweisung des BG.'s zu Abfassung eines die Entscheidung zurückziehenden Erkenntnisses herbeigeführt haben, und auf diesem Wege die Intention der Remedenten vollständig erreicht worden sein.

5.

Wennschon das Recht eines Privatmannes zu Ergreifung eines Polizeicontravenienten aus Art. 80 der RStPO. nicht hergeleitet werden kann, so ist doch dasselbe unter Umständen anzuerkennen, und die Widersetzlichkeit gegen eine solche statthafte Ergreifung nach Art. 143 des RStGB.'s zu beurtheilen*).

Erk. vom 20. Jan. 1871 no. 44|30.

Das OAG. befolgt die Ansicht, daß die Bestimmung des Art. 80 der RStPO., welche jedem Privatmanne das Recht giebt, einen auf der That oder auf der Flucht betroffenen Verbrecher an- und festzuhalten, zu entwaffnen und ihm die Werkzeuge des Verbrechens abzunehmen, auf Uebertreter von Criminalgesetzen zu beschränken und nicht auf Solche, welche sich blos einer polizeilichen Contravention schuldig gemacht haben, auszudehnen sei.

Allge. Ger.-Zeit. für das Königr. Sachsen Bd. 8, S. 70.

Von dieser theils auf innern Gründen, theils durch den Wortlaut des Gesetzes, in welchem nur von „Verbrechen" und „Verbrechern" die Rede ist, bedingten Auslegung wieder abzugehen, findet das OAG. keine Veranlassung. Nun ist zwar nicht ausgeschlossen, daß

*) Vergl. auch Annalen Bd. VII, S. 443; N. F. Bd. II, S. 375, 379.

auch dem Uebertreter einer bloßen Polizeivorschrift gegenüber eine Privatperson in die Lage kommen kann, sich zum Schutze der Person oder des Eigenthums für sich oder Andere eigenmächtig Hülfe zu verschaffen, und zu diesem Behufe namentlich den Contravenienten anzuhalten, und ihm die Gegenstände oder Werkzeuge seiner Uebertretung abzunehmen. Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß die Handlungsweise Desjenigen, welcher sich einer solchen erlaubten Selbsthülfe gewaltthätig oder mit Drohungen widersetzt, dem Art. 143 jct. 142 des bisher geltend gewesenenen RStGB.'s zu unterstellen ist. Allein immer sind bei der Beantwortung dieser Frage die besonderen Umstände des der Beurtheilung unterliegenden Falles zu berücksichtigen.

In dem vorliegenden Falle stellt nun das bezirksgerichtliche Erkenntniß über die Umstände, unter denen bei der fraglichen Gelegenheit der städtische Forstaufseher G. zum Einschreiten gegen den Angeschuldigten G. sich veranlaßt gefunden hat, nur soviel thatsächlich fest, daß der Angeschuldigte, der Vorschrift in §. 2 des Jagdgesetzes vom 1. December 1864 zuwider, in dem Bereiche eines der Jagdausübung entzogenen Grundstücks ohne besondere obrigkeitliche Erlaubniß mit einer zu Erlegung eines Raubthieres bestimmten geladenen Schußwaffe betroffen worden sei. In dieser, bloß polizeilichen Uebertretung hat das OAG. nichts gefunden, was den genannten G., welcher nach der ferneren thatsächlichen Feststellung der vorigen Instanz hierbei nicht in seiner vorgedachten amtlichen Eigenschaft, sondern nur als Privatperson auftrat, nach den oben angedeuteten Gesichtspunkten zur eigenmächtigen Selbsthülfe durch Festnahme und Entwaffnung des Angeschuldigten hätte berechtigen können. Der Angeschuldigte beging daher auch dadurch, daß er sich hiergegen zur Wehr setzte, keine strafbare Handlung, namentlich keine Widersetzung gegen erlaubte Selbsthülfe im Sinne des Art. 143 des RStGB.'s.

Handels- und Wechselrecht.

1.

Die Vernachlässigung der Formvorschrift in Art. 44[1] des HGB.'s hat nicht die Ungültigkeit der Zeichnung des Procuristen zur Folge.

II. Sen.-Erk. vom 14. Jan. 1870 no. 919/943 v. 1869.

Der Einwand des Curators, daß die Wechsel, selbst wenn die Acceptationserklärungen von dem Ehemanne und Procuristen der Gemeinschuldnerin darauf gebracht worden sein sollten, wider die Letztere schon deshalb nicht geltend gemacht werden könnten, weil der Unterschrift die in Art. 44 des ADHGB.'s vorgeschriebene Procura-Bezeichnung gemangelt habe, findet schon darin seine Widerlegung, daß es sich bei der fraglichen gesetzlichen Bestimmung um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt, deren Nichtberücksichtigung, da es nach Art. 52 desselben Gesetzbuchs für die Haftung des Principals gleichgültig ist, ob das von dem Procuristen abgeschlossene Geschäft ausdrücklich im Namen des Principals eingegangen worden ist, oder ob nur die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Contrahenten für den Principal abgeschlossen werden solle, die — im vorliegenden Falle noch überdies ausdrücklich im Namen der Firma vorgenommene — Handlung des Procuristen selbst nicht ohne Weiteres rechtsunverbindlich machen kann.

Koch, ADHGB. Art. 44, Not. 68, S. 155.
v. Hahn, Commentar zum ADHGB. Art. 44, §. 2, Bd. I. S. 126, und die bei
Wengler, das DAHGB. Zusatz 2 zu Art. 44, S. 69 angezogenen Präjudizien.

2.

Der in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintretende Theilhaber haftet nicht für die älteren Geschäftsschulden.

II. Sen.-Erk. vom 16. Dec. 1869 no. 833|873.

Man hat der vorigen Instanz darin beizutreten, daß Der, welcher in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, nicht ohne

Weiteres für diejenigen Geschäftsschulden haftet, welche zu der Zeit seines Eintritts in das Geschäft vorhanden waren. Art. 113 des HGB.'s, welcher bestimmt, daß wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, gleich den andern Gesellschaftern für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangene Verbindlichkeiten hafte, schlägt hier schon seinem Wortlaute nach nicht ein, indem er ausdrücklich nur von dem Eintritt eines Gesellschafters in eine bereits bestehende Handelsgesellschaft handelt, und eine analoge Anwendung jener Vorschrift auf einen Fall der hier vorliegenden Art erscheint nach der singulären Natur derselben bedenklich, zumal auch, wie schon die vorigen Instanzen bemerkt haben, bei den Commissionsberathungen die Ausdehnung gedachter Bestimmung auf den Fall, wenn Jemand mit einem Einzelkaufmann eine Handelsgesellschaft eingeht, ausdrücklich abgelehnt worden ist. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber, welche sonach die alleinige Entscheidungsnorm abgeben, dafern nicht zwischen den Contrahenten zu Gunsten der zur Zeit der Eingehung einer Handelsgesellschaft vorhandenen Gläubiger des bisherigen Einzelkaufmanns etwas Anderes festgesetzt worden ist, kann Der, welcher in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, und mit diesem eine Handelsgesellschaft begründet, nicht ohne Weiteres als für die vor Eingehung der Gesellschaft bereits bestanden habenden Geschäftsschulden des bisherigen Einzelkaufmanns haftbar angesehen werden, vielmehr können sich die Geschäftsgläubiger des Letzteren wegen der von ihm als Einzelkaufmann contrahirten Schuldverbindlichkeiten nur an Diesen halten.

3.

Auch einzelne von mehreren Directoren einer Actiengesellschaft können für dieselbe durch Vertrag als deren Stellvertreter Rechte erwerben. — Zu Art. 229 des HGB.'s*), §. 21 des Ges. v. 15. Juni 1868.

II. Sen.-Erk. vom 19. Mai 1870 no. 281|312**).

Ob nach den Statuten des klagenden Vereins zu Abschluß von Rechtsgeschäften alle drei Directoren erforderlich oder auch zwei

*) Nicht berührt durch das Bundesgesetz vom 11. Juni 1870.

**) Bestätigt in IVta.

vertretungsberechtigt seien, darauf kommt ebensowenig etwas an, als Art. 229 des HGB.'s oder der §. 21 des Gesetzes vom 15. Juni 1868 in Betracht, da es sich zunächst gar nicht um eine vom Kläger zu erfüllende Leistung, sondern um einen — von beiläufig zwei Directoren — im Namen des klagenden Vereins zu Gunsten desselben abgeschlossenen, von dessen zur Genüge legitimirten Vertretern (worunter sich jene beiden als dessen Stellvertreter aufgetretene Personen [§. 788 des BGB.'s] zufälliger Weise mit befinden) durch die Klaganstellung sattsam ratihabirten Vertrag handelt.

4.

Ueber Eidesversäumniß Seiten eines von mehreren Sociis. — BGB. §§. 328, 663, 1365.

II. Sen.-Erk. vom 21. Decbr. 1870 no. 896/876.

Das OAG. hat der Ansicht der vorigen Instanz, daß, wenn ein Eid von mehreren Inhabern einer Firma zu schwören sei und der eine Inhaber den Eid leiste, der andere aber sich an der Eidesleistung versäume, es den sämmtlichen Inhabern der Firma gegenüber so zu betrachten sei, als ob der Eid gar nicht geleistet worden wäre, nicht beizutreten vermocht. Man kann die Frage, ob sich die Meinung der vorigen Instanz aufrecht erhalten ließe, wenn die offene Handelsgesellschaft für eine juristische Person anzusehen wäre, dahingestellt sein lassen, weil, was auch an sich keinem Zweifel unterliegen kann,

Commentar zum BGB. ed. II. Bd. I. S. 95 flg.,

ausdrücklich gesagt wird, „es könne wohl als allgemein anerkannt angenommen werden, daß die Handelsgesellschaft nicht als eine juristische Person zu betrachten sei." Die vorige Instanz kann daher zu dem aufgestellten Grundsatze nur durch eine Anwendung der Vorschriften über die active Correalobligation gelangt sein. Zwar gewinnt es nach den Bemerkungen über die Untheilbarkeit der Obligationen und über die Eidesleistung der sämmtlichen Gesellschafter, als einer vollständig zu erfüllenden Solennität, fast das Ansehen, als ob die vorige Instanz in der Obligation einer Handelsgesellschaft eine ganz eigenthümliche Art von Obligationen finden

zu können, geglaubt habe. Aber soviel beruht außer allem Zweifel, daß dies auf völlig unrichtigen Prämissen beruhen würde.

Bekanntlich enthält das ADHGB. nicht die Bestimmung, daß in Beziehung auf Forderungen, welche eine Handlungsfirma erworben hat, die einzelnen Handelsgesellschafter als Gesammtgläubiger (correi stipulandi) zu betrachten seien.

Siebenhaar, Correalobligationen §. 366 unter Nr. 1.

Wollte man diese Lücke des HGB.'s durch ein Zurückgehen auf das römische Recht ergänzen, so würde man behaupten müssen, daß die Forderungen einer Handelsfirma die Natur der Forderungen haben, welche den correis stipulandi sociis zustehen. Wie von

Siebenhaar a. a. O. S. 126 flg.

mit Mehrerem gezeigt wird, sind aber die Obligationen der correi stipulandi socii keine Correalobligationen im eigentlichen Sinne des Wortes, vielmehr haben dieselben eine Menge Eigenthümlichkeiten, welche sich insgesammt aus dem über ihnen stehenden Principe erklären, daß jeder correus stipulandi socius Gläubiger nach seinem Societätsantheile und Mandatar oder vielmehr solutionis causa adjectus nach den Societätsantheilen der übrigen socii ist.

Fragt man nun, wie es nach römischem Prozeßrechte mit der Eidesleistung bei Forderungen der correi stipulandi socii gehalten worden sei, so läßt sich mit

Siebenhaar a. a. O. S. 90 flg.

annehmen, daß jeder einzelne correus stipulandi socius, weil er zur Einklagung der Societätsforderung berechtigt war, auch die Eide mit voller Wirkung gegenüber seinen sociis schwören konnte. Der Grund davon lag in der dem römischen Prozesse eigenthümlichen Transactionsnatur des Eides.

Anders verhält es sich nach heutigem Rechte, weil der Eid die Transactionsnatur nicht mehr hat, sondern lediglich als Beweismittel betrachtet wird. Diese Aenderung des Rechtes mußte nothwendig auch zu einer Aenderung des Rechts in Beziehung auf die Eidesleistung der correi stipulandi socii führen. Das Dispositionsrecht nämlich, welches der einzelne correus stipulandi socius nach dem oben Gesagten über die Societätsforderung hat, läßt sich nicht mehr auf die Eidesleistung beziehen. Der einzelne correus kann

nicht für seine socii schwören, sich aber auch nicht mit einer auf die Societätsantheile dieser erstreckenden Wirkung an der Eidesleistung versäumen; der von ihm geleistete Eid gilt nur für seinen eigenen Societätsantheil, und ebenso kann er durch Nichtleistung des Eides nur seines Antheiles an der gemeinschaftlichen Forderung verlustig werden. Zum Beweise dieses Satzes bezieht man sich erstens auf die Verordnung, einige Abänderungen im bürgerlichen Prozesse betreffend, vom 13. März 1867 sub II, 2, ingleichen darauf, daß, wie auch die vorige Instanz nicht bezweifelt, nach Sächs. Prozesse die einer Handelsfirma zuerkannten Eide von sämmtlichen Inhabern der Firma (also auch selbst von Denjenigen, welche von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind) geleistet werden müssen.

Nun läßt sich zwar nicht verkennen, daß die Fälle, in welchen die mehreren Inhaber einer Firma nicht gleiche Societätsantheile haben, nicht selten sind und es daher, wenn ein Handelsgesellschafter den Eid schwört, der andere nicht, an einem Maßstabe für die Bestimmung fehlt, in welchem Umfange die Leistung und Nichtleistung des Eides von Wirkung sei. Indessen scheint es doch, wie auch die erste Instanz angenommen hat, unbedenklich, bis zu dem Beweise des Gegentheils, von der allgemeinen Regel

§§. 328, 663, 1365 des BGB.'s

auszugehen, daß eine Forderung im Zweifel nach der Personalzahl der Gläubiger getheilt sei.

5.

Die Klage des Firmeninhabers aus Forderungen, welche entstanden, bevor er der alleinige Inhaber der Firma gewesen, setzt Bezugnahme auf Abtretung des Klagrechts voraus, was als Sachlegitimation zu behandeln ist.

II. Sen.-Erk. vom 9. Mai 1870 no. 312,277.

Das Anführen des Beklagten, Kläger habe erst unterm 8. October 1867, mithin nach der in die Zeit vom 6. Juni 1866 bis 1. Juli 1867 fallenden Entstehung der streitigen Forderung,

die alleinige Vertretung der Firma F. W. B. übernommen, hat durch das Bl. ersichtliche Marginalgerichtszeugniß Bestätigung gefunden, und die von den Beklagten daraus abgeleitete Folgerung, es habe Kläger sich darauf zu beziehen gehabt, daß er die besagte Firma von seinen drei Brüdern O., J. und Th. B. mit allen Activen und Passiven zur alleinigen Vertretung übernommen habe, wird durch die Bemerkung, daß der Wechsel in den Inhabern einer Firma auf die Rechtsgültigkeit einer der letzteren zustehenden Forderung in der Regel keinen Einfluß habe, wenigstens in der hier fraglichen Richtung nicht widerlegt. Mit Recht hat die zweite Instanz dawider eingehalten, daß die Uebernahme einer Firma, soweit sie nach Art. 23 des ADHGB.'s zulässig, nicht schlechtweg einen Eintritt in die derselben zustehenden Forderungen enthalte — wie denn auch im Falle des Art. 113 nur von der Haftung für die Verbindlichkeiten der Firma die Rede ist — und daß daher Kläger auf die an ihn erfolgte Ueberlassung der Activen des Geschäfts sich zu berufen gehabt habe. Auch die weitere Bemerkung der zweiten Instanz, daß die Beibringung diesfallsiger Bescheinigung zur Sachlegitimation gehöre, ist insoweit richtig, als es sich um den im Zweifel nach Art. 109 zu bestimmenden Forderungsantheil der früheren Firmeninhaber handelt, während Kläger, sofern er, was nach der Herauslassung Bl. nicht ausgeschlossen ist, zur Zeit der Entstehung der Forderung ebenfalls Mitinhaber der Firma gewesen sein sollte, seinen bezüglichen Antheil ohne Weiteres einzuklagen berechtigt sein würde. Die Auffassung des fraglichen Punktes als Gegenstand der Sachlegitimation, die nach bekanntem Gerichtsbrauche in jedem Stadium des Prozesses beigebracht werden kann, hat aber zur Folge, daß eine diesfallsige Lücke im Klagvorbringen nicht ohne Weiteres zu der in zweiter Instanz ausgesprochenen Klagabweisung, sondern nur dazu führt, dem Kläger die Beibringung des fehlenden Nachweises als einen für den Fortgang des Prozesses präjudiziellen Punkt aufzugeben. Dazu reicht auch im vorliegenden Falle die actenmäßige Lage der Sache, wie sie sich durch das beiderseitige Parteivorbringen gestaltet hat, vollkommen aus.

6.

Ueber die Verjährung in Art. 146 des HGB.'s und die Bestimmung in §. 3 des Einf.-Ges. v. 30. Oct. 1861.

II. Sen.-Erk. vom 20. Mai 1870 no. 313/316.

Daß die durch Art. 146 des ADHGB.'s eingeführte Klagenverjährung auch auf die vor dem 1. März 1862 entstandenen Ansprüche Anwendung leide, ist der Vorschrift in §. 3 des Einführungsgesetzes zufolge ebenso zweifellos, als daß die Gültigkeit der nurgedachten Vorschrift keineswegs aus dem Gesichtspunkte eines unzulässigen particularrechtlichen Eingriffs in die Bestimmungen des HGB.'s beanstandet werden kann. Denn die Bestimmung des Art. 146 wird dadurch nicht abgeändert, sondern nur deren Anwendung für einen zweifelhaften Fall in einer Weise geregelt, die dem Geiste des Gesetzes um so weniger widersprechend genannt werden kann, als auch ohne sie dem Verjährenden das Recht nicht abzusprechen sein würde, mit Beiseitesetzung des bereits abgelaufenen Theiles der längeren Verjährung die vom Eintritte des HGB.'s an abgelaufene neue aber kürzere Verjährung für sich in Anspruch zu nehmen, vorausgesetzt, daß die Erfordernisse der Letzteren vorhanden sind. Denn die Disposition ist unverkennbar nur zu Gunsten des Verjährenden, nicht dessen getroffen, gegen welchen verjährt werden soll.

Hiernächst ist Klägerm nicht zuzugeben, daß die nurgedachte Klagenverjährung des HGB.'s in dem vorliegenden Falle deshalb ausgeschlossen sei, weil ihr Beginn in Art. 146, Abs. 2 ausdrücklich auf den Tag, an welchem die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, gesetzt werde, Beklagte aber nicht zu behaupten vermocht haben, daß die Auflösung der zwischen ihrem Erblasser und dem Bl. genannten H. unter der Firma W. und H. bestandenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister wirklich eingetragen worden sei. Daß der fragliche Eintrag als Bedingung der Verjährbarkeit nicht angesehen werden dürfe, folgt schon daraus, daß die erwähnte Disposition in §. 3 des Einführungsgesetzes eine Verjährung, welche schon vor dem Inkrafttreten des HGB.'s begonnen hatte, an sich für zulässig erachtet, obschon die Füglichkeit

von Einträgen in ein Handelsregister vor jener Zeit noch gar nicht bestand, und der nachträgliche Eintrag einer schon vor dem 1. März 1862 erfolgten Gesellschaftsauflösung in das mit diesem Tage in's Leben getretene Handelsregister, wie von selbst einleuchtet, undenkbar ist. Die Vorschrift im 2. Absatze des Art. 146 darf auch nicht außerhalb ihres Zusammenhanges mit den Bestimmungen des HGB.'s bezüglich der Wirksamkeit von Handelsregistereinträgen aufgefaßt werden.

Nun wird aber Inhalts Art. 129, Abs. 1 ein Eintrag der Auflösung der Gesellschaft, wenn solche in Folge der Eröffnung des Concurses über die Gesellschaft geschieht — und gerade dieser Fall liegt nach Klägers Angaben hier vor — von dem HGB. überhaupt nicht erfordert. Zudem ist auch nach Abs. 5 desselben Artikels verb. mit Art. 25 ein solcher Eintrag selbst in den sonstigen Fällen, in welchen er wirklich erfordert wird, keineswegs als unerläßliche Bedingung der Geltung oder rechtlichen Wirkung der einzutragenden Thatsache vorgeschrieben. Der Eintrag überhebt nur denjenigen, welcher die Auflösung der Gesellschaft Dritten gegenüber zu seinen Gunsten geltend macht, des Beweises dieser Thatsache, während derselbe außerdem neben der Thatsache selbst auch die Bekanntschaft des Gegners mit derselben nachzuweisen hat. Die Verlautbarung im Handelsregister begründet hiernach (vgl. Art. 12, Abs. 2) die Publicität des Verlautbarten in ähnlicher Weise, wie die Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche. Derjenige, gegen welchen die eingetragene Rechtshandlung geltend gemacht wird, kann sich nicht auf deren Unkenntniß berufen, die Rechtshandlung selbst aber verliert durch die unterbliebene Verlautbarung im Handelsregister allein nicht die ihr an sich zukommende rechtliche Wirkung, vorausgesetzt, daß Derjenige, welcher sie für sich anzieht, die Bekanntschaft des Gegners mit derselben nachzuweisen vermag. Von diesem Gesichtspunkte aus, welcher (vgl. Art. 25, Art. 46, Art. 55, Abs. 2, Art. 87, Abs. 2, Art. 110, Abs. 1, Art. 135, Abs. 3, Art. 155, Abs. 3, Art. 163, Abs. 1 und 3, Art. 298, Abs. 2) als der principiellen Auffassung des ADHGB.'s entsprechend zu bezeichnen ist, kann der Bestimmung in Art. 146, Abs. 2 nur der Sinn beigelegt werden, daß die in Abs. 1 eingeführte Verjährung

erst mit dem Zeitpunkte zu laufen beginnt, zu welchem derjenige, gegen welchen sie läuft, von der Auflösung der Gesellschaft Kenntniß erlangt hat, daß ihm, ist die Auflösung in das Handelsregister eingetragen, die Vermuthung dieser Kenntniß vom Tage der Eintragung an entgegensteht, anderen Falles aber der Zeitpunkt erlangter Wissenschaft besonders nachzuweisen ist, daß es jedoch weder jenes Eintrags noch dieses Nachweises bedarf, wenn die Auflösung Folge der Concurseröffnung zum Gesellschaftsvermögen ist und dem hierbei stattfindenden Edictalverfahren gegenüber der Einwand der Unbekanntschaft Seiten der betheiligten Gläubiger überhaupt in der Regel nicht statt hat.

Räumt nun aber in dem gegenwärtigen Falle Kläger im Libelle sub 1, 6, 7, 9 ein, daß zu dem Vermögen der Firma W. und H. im Monat März 1851 der Concursprozeß eröffnet worden ist und daß er die hier in Frage befangene Forderung bei dem Creditwesen nicht angemeldet, vielmehr erst nach Auflösung der Firma darüber mit W. verhandelt hat, so ist auch ihm gegenüber der Nachweis erlangter Wissenschaft von Auflösung der Gesellschaft einleuchtender Weise nicht erforderlich. Es folgt vielmehr aus seinen eigenen Angaben, daß zum Mindesten mit Ablauf des Jahres 1851 die Verjährung gegen ihn zu laufen begonnen hat, auch von einer Hemmung oder Sistirung derselben durch das eingeleitete Concursverfahren beziehentlich bis zu Beendigung desselben durch vollständige Ausschüttung der Masse umsoweniger die Rede sein kann, als Kläger durch das gedachte Verfahren, an welchem er sich nicht betheiligt hat, keineswegs verhindert gewesen ist, seinen Anspruch durch Klaganstellung gegen den Erblasser der Beklagten wider die Verjährung zu schützen.

Fraglich bleibt daher nur noch, ob und inwieweit durch die in der Klage sub 9—12 angeführten Anerkenntnißverhandlungen Klägers mit dem Erblasser der Beklagten eine Unterbrechung der Verjährung im Sinne von §. 162 des BGB.'s herbeigeführt worden sei. Hierbei ist jedoch zunächst zu berücksichtigen, daß die Wahrheit des bezüglichen Klaganführens vorausgesetzt, die Forderung ihrem ursprünglichen Grunde und Bestande nach unverändert geblieben ist. Der Erblasser der Beklagten soll nur die Rechnung,

wovon Beilage A eine Abschrift enthält, sowie die daraus hervorgehende Forderung für richtig anerkannt haben. Die angezogene Rechnungsbeilage ist aber auf „Herren W. und H. in Ch.“, mithin auf die Firma der früheren Gesellschaft gestellt, und da Kläger selbst seinen Anspruch auf die gesetzliche solidarische Haftung der beiden Gesellschafter stützt, so kann durch die angeblichen Erklärungen W.'s immer nur das dem Kläger aus seinen Ansprüchen gegen die Gesellschaft zustehende Forderungsrecht gegen den einzelnen Gesellschafter für anerkannt, nicht eine ihrem Grunde und Wesen nach andere und neue, der Verjährung des Art. 146 nicht unterliegende Forderung für begründet erachtet werden.

Mit Recht hat deshalb die zweite Instanz nicht nur auf Grund der Bestimmungen in §. 162 verb. mit §. 169 des BBG.'s angenommen, daß ein von dem Erblasser der Beklagten bewirktes, die Verjährung unterbrechendes Anerkenntniß der streitigen Forderung die Vollendung einer neuen fünfjährigen Verjährung von dem Tage des Anerkenntnisses an nicht ausschließe, sondern auch daraus, daß die Klaganführungen sub 9—12 der Angabe der Zeit, zu welcher W. in der behaupteten Maße sich ausgesprochen haben soll, gänzlich ermangeln, die Irrelevanz des gesammten Vorbringens gefolgert, weil dadurch der liquide Einwand, daß während der Periode vom 1. März 1862 bis zum Tage der Klaganstellung, dem 29. April 1869, die fünfjährige Verjährungszeit abgelaufen sei, in keiner Weise widerlegt wird.

7.

Erfüllungsort beim Lieferungskaufe? — HGB. Art. 324, 342. — Sackleihgebühr.

II. Sen.-Erk. vom 2. Juli 1869 no. 443|430.

Da nach den in der Klage zu lesenden Anführungen das Geschäft des Klägers sich in Pest befindet, so war, dafern nicht ausdrücklich etwas Anderes zwischen den Parteien ausgemacht wurde, schon in Gemäßheit der in Art. 324 und 342 des ADHGB.'s enthaltenen Bestimmungen Pest als derjenige Ort zu betrachten, wo das zwischen den Parteien abgeschlossene Handelsgeschäft zu erfüllen

und das von dem Beklagten erkaufte Getreide Seiten Klägers zu übergeben war. Diese rücksichtlich des erwähnten Erfüllungsorts geltende gesetzliche Präsumtion hat übrigens auch durch das zwischen dem Beklagten und dem Beauftragten Klägers, L., getroffene Abkommen insofern noch besondere Bestätigung gefunden, als danach ausgemacht worden ist, daß vom Kläger die Waare frei Bahnhof Pest dergestalt zu liefern sei, daß, falls Kläger die bestellte Waare an einem weiter von Pest zurückgelegenen Orte aufgeben sollte die Fracht bis Pest von ihm zu tragen, daß dagegen, falls die Aufgabe an einem zwischen Pest und Leipzig gelegenen Orte erfolgen würde, dem Kläger die Fracht von Pest bis zum Aufgabeorte zu vergüten sei. Was Seiten Klägers hiergegen vorgebracht worden ist, erscheint nicht von Erheblichkeit. Ist nämlich auch bei dem Vertragsabschluß von den Contrahenten nach dem vorstehends Erwähnten die Möglichkeit ins Auge gefaßt worden, daß die Aufgabe der Waare zum Weitertransport an einen andern Ort als Pest bewirkt werden könne, so ist doch immer damit nicht festgesetzt worden, daß in derartigen Fällen dieser andere Ort als Erfüllungsort gelten solle.

Hatte aber sonach die Erfüllung des fraglichen Handelsgeschäfts in Pest zu erfolgen, so konnte auch Kläger erst von dem Zeitpunkte ab, zu welchem die von ihm an den Beklagten zu übersendende Waare von Pest abging, die von ihm angeblich bedungene Sackleihgebühr in Anspruch nehmen. Es mag auch Kläger nicht, wie er gethan, hiergegen einhalten, daß es für ihn äußerst schwierig gewesen sein würde, den Zeitpunkt, zu welchem jede einzelne, von ihm etwa unterhalb Pest aufgegebene Quantität Getreide Pest passiren werde, zu ermitteln. Denn eines Theils würde die etwa vorhandene Schwierigkeit der Controle nach der bezeichneten Richtung hin dem Beklagten nicht zum Nachtheil gereichen dürfen, und anderen Theils läßt sich eine solche erhebliche Schwierigkeit nicht einmal ohne Weiteres anerkennen, da es voraussetzlich dem Kläger nicht schwer fallen könnte, durch geeignete Erkundigung bei den betreffenden Eisenbahnverwaltungen zu constatiren, zu welcher Zeit die in Frage kommenden Züge durch Pest durchgegangen seien.

8.

Fixgeschäft? — HGB. Art. 357. — Diesfallsiger Verzug durch Annahme erledigt. — Art. 348.

II. Sen.-Erk. vom 25. Jan. 1870 no. 972/970 v. 1869.]

Die Parteien streiten sich im Wesentlichen nur noch darüber, ob der käuflich bestellte Hopfen, wie Kläger behauptet, bis zum 1. December 1868 oder, wie Beklagter behauptet, innerhalb 14 Tagen vom 15. Sept. 1868 an gerechnet, geliefert werden sollen.

Nun würde aber

1) selbst wenn die Behauptung Beklagtens in Wahrheit beruhte, hieraus noch keineswegs folgen, daß der zwischen den Parteien zu Stande gekommene Lieferungskauf als ein sogenanntes Fixgeschäft im Sinne von Art. 357 des ADHGB.'s zu betrachten wäre. Denn ein solches liegt nach dem nur angezogenen Artikel nur dann vor, wenn bedungen worden ist, daß die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist zu liefern sei. Es genügt also, um ein Fixgeschäft annehmen zu können, noch keineswegs, daß für die Lieferung ein bestimmter Tag oder eine bestimmte Frist festgesetzt war, sondern es muß noch außerdem entweder durch einen Zusatz, z. B. durch die Worte: „genau," „fix," „präcis," „nicht später" ausgedrückt worden sein, oder doch aus den gepflogenen Verhandlungen, beziehentlich den Umständen des Falles deutlich hervorgehen, daß nach der Absicht der Contrahenten eine spätere Erfüllung nicht mehr als Erfüllung des gewollten Vertrags gelten sollte.

v. Hahn, Commentar zu dem ADHGB. Bd. II. S. 284 flg. (§. 6.)

Annalen des OAG.'s, Bd. VIII. S. 537, 539 und N. F. Bd. V. S. 495 flg.

Von dem Allen ist in dem gegenwärtigen Falle nicht die Rede und es erscheint daher die Unterstellung durchaus nicht ausgeschlossen, daß die Parteien, wäre auch zwischen ihnen vereinbart worden, Kläger solle binnen 14 Tagen liefern, doch dabei an ein eigentliches Fixgeschäft nicht gedacht worden, daß vielmehr ihre Meinung nur

die gewesen ist, Kläger solle für die Absendung der Waare noch einige Zeit haben.

Geht man aber hiervon aus, so leiden nicht die Vorschriften in Art. 357, sondern die in Art. 356 des HGB.'s Anwendung und es hätte daher Beklagter, wenn er, weil Kläger innerhalb der bedungenen vierzehntägigen Frist nicht geliefert, von dem Vertrage abgehen wollte, dies Klägerm zur gehörigen Zeit anzeigen und demselben dabei noch eine, den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren müssen.

Läge aber auch

2) wirklich ein eigentliches Fixgeschäft vor, so würde hieraus immer noch zu Beklagtens Gunsten etwas nicht abzuleiten sein.

Denn derselbe hat zugestanden, daß er den bestellten Hopfen, obwohl solcher erst am 9. oder 12. November 1868, also jedenfalls längst nach Ablauf der obgedachten vierzehntägigen Frist bei ihm angerollt worden, doch angenommen habe.

Nun bestimmt zwar allerdings Art. 348 des HGB.'s, daß der Käufer, auch wenn er die von einem andern Orte übersendete Waare beanstande, gleichwohl verpflichtet sei, für die einstweilige Aufbewahrung derselben zu sorgen und gerade mit Rücksicht hierauf meint Beklagter, daß ihm die Annahme der angerollten Waare nicht präjudiciren könne.

Allein ganz abgesehen noch von der Frage, ob die nurerwähnte gesetzliche Bestimmung auf den Fall einer zu späten Zusendung der Waare überhaupt zu beziehen sei, so steht unter allen Umständen soviel fest, daß im Zweifel in der Annahme der erst nach Ablauf der bedungenen Lieferungsfrist zugesendeten Waare eine Verzeihung des dem Verkäufer zur Last fallenden Verzugs, so wie ein Verzicht auf die daraus abzuleitenden Ansprüche gefunden werden muß und daß daher der Käufer, wenn er die Annahme einer solchen Verzeihung beziehentlich eines solchen Verzichts ausschließen will, rechtzeitig zu erkennen zu geben hat, daß er die Annahme lediglich auf Grund jener Vorschrift des HGB.'s und blos als negotiorum gestor des Absenders bewirke.

Hierauf deuten schon die Worte in Art. 348, „wenn der Käufer die Waare beanstandet," d. h. wenn er dieselbe für nicht empfangbar

erklärt, hin. Es ergiebt sich aber auch das Nämliche aus den Vorschriften in §§. 141, 142, sowie in §. 754 des BGB.'s und zwar aus der Vorschrift in §. 754, welche wieder nur eine Consequenz der Bestimmung in §. 146 des nämlichen Gesetzbuchs enthält, um deswillen, weil der Verkäufer durch die Zusendung der bestellten Waare seine Verbindlichkeit aus dem Kaufe erfüllt hat.

Da nun die angeblich unter dem 22. Nov. 1868 bewirkte Zurdispositionsstellung der Waare der Vorschrift in §. 142 des BGB.'s gegenüber als eine rechtzeitige Verwahrung offenbar nicht gelten kann, namentlich der Einwand, es habe zu letzterer wegen der Bemerkung auf der Rechnung eine vierzehntägige Frist offen gestanden, ein unzutreffender ist, so vermag sich auch Beklagter einer Bezahlung des geklagten Betrags nicht zu entbrechen.

9.

Fixgeschäft? — Art. 357 des HGB.'s

II. Sen.-Erk. vom 23. Juni 1870 no. 391/394.

In Uebereinstimmung mit voriger Instanz (AG. Leipzig) hat auch das OAG. zu der Ansicht gelangen müssen, daß in dem Strumpfwaaren-Lieferungsvertrage, den Beklagter Inhalts der Klage mit dem Kläger abgeschlossen haben soll, ein sogenanntes Fixgeschäft im Sinne von Art. 357 des HGB.'s nicht zu befinden sei. Namentlich sind die der Klage unter A, B und C in Abschrift beigefügten Bestellzettel, welche der Klage zufolge allerdings im Beisein des Beklagten und unter seinem Einverständniß niedergeschrieben worden sein sollen und ihm nur nicht sofort, sondern erst später durch die Post zur Unterzeichnung zugestellt worden sind, nicht geeignet, zu einer andern dem Kläger günstigeren Auffassung zu führen. Wenn es in den Bestellzetteln unter A und C heißt: „letzter Lieferungstermin $^1/_3$ von jeder Sorte Ende Januar 1869, den Rest Ende März 1869" und in dem Bestellzettel unter B bestimmt ist, daß von den Nummern 8, 9, 10 und 11 zu Anfang November 1868 5 beziehentlich 15, 15 und 15 und zu Anfang Februar 1869 5 beziehentlich 15, 25 und 5 Dutzend abzuliefern seien, so ergiebt sich daraus, zumal der in den Bestellzetteln A und C gebrauchte

Ausdruck „letzter Lieferungstermin ein Drittel von jeder Sorte Ende Januar 1869" beim Zusammenhalte mit dem unmittelbar darauf folgenden Satze, wonach eine gewisse Anzahl „Probe-Dutzende" von jeder Sorte Strümpfe schon Anfang December 1868 geliefert werden sollen, ebensowohl nur den Sinn gehabt haben kann, daß die zur Erfüllung des ersten Drittels erforderliche Anzahl bis Ende Januar 1869 habe geliefert werden sollen, und die Worte „letzter Termin" leicht möglicherweise blos hierauf sich bezogen haben können, nur soviel, daß gewisse Lieferungsfristen, deren Nichtinnehaltung für den säumigen Theil nach Befinden die allgemein gesetzlichen Nachtheile des Verzugs nach sich ziehen konnte, festgesetzt worden sind; es reicht aber dies für sich allein noch keineswegs aus, um die Frist als eine „genau festbestimmte," wie es die obige Gesetzesstelle verlangt, bezeichnen, oder mit andern Worten,

Annalen N. F. Bd. V. S. 496

annehmen zu können, daß die Ablieferung der Kaufsobjecte innerhalb dieser Frist nach der Absicht der Contrahenten ein so wesentliches Moment gewesen sei, daß sie dem Geschäfte jenen besondern Charakter verliehen habe und demzufolge eine spätere Lieferung nicht als eine Erfüllung des Vertrags, wie ihn die Contrahenten gewollt, betrachtet werden könne. Vielmehr wäre hierzu jedenfalls erst noch die Anführung, nach Befinden Bescheinigung weiterer besonderer Momente, welche auf eine solche Absicht mit Sicherheit zu schließen gestatten, erforderlich gewesen. Solche Momente hat jedoch Kläger nicht beigebracht und kann insbesondere auf den in der Klage erwähnten Umstand, daß er seinerseits die bestellten Strumpfwaaren wiederum einem englischen Hause zu liefern gehabt, noch abgesehen von einem weiter unten zu berührenden Bedenken, schon darum kein Gewicht gelegt werden, weil er nirgends zu behaupten vermocht hat, daß Beklagter hiervon Kenntniß gehabt habe. Im Gegentheil spricht die schon im vorigen Urthel hervorgehobene Thatsache, daß er nach Ablauf des letzten Termins, im April 1869, noch einen Theil der bestellten Waare angenommen, sogar dafür, daß er selbst das Geschäft, wenigstens damals, als ein fixes nicht angesehen habe.

Demnach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß bei Beur-

theilung des vorliegenden Rechtsverhältnisses lediglich die Vorschrift in Art. 356 des HGB.'s maßgebend ist, und mithin Klägerm, wenn er, wie jetzt geschehen, statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern wollte, obgelegen hätte, dies dem Beklagten anzuzeigen und ihm dabei, wenn es die Natur des Geschäfts zuließ, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten zu gewähren. Darauf hat er sich aber ebenfalls nicht zu beziehen vermocht. Um dem zu begegnen, hat er nun zwar schon im ersten Verfahren geltend zu machen gesucht und ist auch in den nachfolgenden Instanzen wiederholt darauf zurückgekommen, daß er selbst durch den Vertrag mit dem englischen Hause gebunden und sonach nicht in der Lage gewesen sei, dem Beklagten noch eine Frist zur Nachholung des Versäumten zu bewilligen. Allein auch hierauf kann, abgesehen von der Frage, ob er nicht selbst in diesem Falle dem Beklagten wenigstens anzuzeigen gehabt hätte, daß und aus welchen Gründen er von der Erfüllung des Vertrags absehe, kein erhebliches Gewicht gelegt werden. Denn wie schon an sich kaum vorauszusetzen ist, daß er dem Beklagten die in den Bestellzetteln festgesetzten Fristen bewilligt haben würde, wenn er seinerseits unmittelbar nach deren Ablaufe an das englische Haus zu liefern gehabt hätte, so hat er auch jetzt, weder in der in dieser Beziehung auf den Eid stehenden Klage, noch sonst in den Acten näher angegeben, daß überhaupt und welche Lieferungszeiten zwischen ihm und dem englischen Hause vereinbart gewesen sind, sondern auf das allgemeine Anführen sich beschränkt, daß er in Folge des Versäumnisses des Beklagten genöthigt gewesen sei, die nach England bestimmten Waaren anderwärts zu höhern Preisen aufzukaufen, und es erscheint sonach die Möglichkeit, daß er auch dem Beklagten noch eine Nachfrist zur Lieferung hätte gestatten können, keineswegs ausgeschlossen.

Ebenso erscheint bei solcher Sachlage der in jetziger Instanz von ihm vorgebrachte Einwand, daß er dem Beklagten die zu beanspruchende Nachfrist schon insofern stillschweigend gewährt habe, als er erst mehrere Monate nach Ablauf der ursprünglich bedungenen Lieferungsfrist mit der jetzigen Klage aufgetreten sei, um so unbeachtlicher, je gewisser er sich Angesichts der oben schon erwähnten

Thatsache, daß er auch nach Ablauf der Frist noch einen Theil der bestellten Waare angenommen hatte, für verpflichtet halten mußte, seine veränderte Willensmeinung dem Beklagten ausdrücklich zu erkennen zu geben.

10.

Ueber die der Klage auf „Ausantwortung" eines einer Eisenbahn zum Transport übergebenen Frachtstückes entgegengesetzte Einrede des „Verlustes." — Reglement für den Vereinsgüterverkehr §. 19, Abs. 2. — HGB. Art. 423; „Verlust" in Art. 395, 367, 386, 396, 408.

II. Sen.-Erk. vom 10. Juni 1870 no. 383/361.

Durch die vom Kläger sowohl als vom Beklagten eingewendeten Rechtsmittel ist das Erkenntniß zweiter Instanz insoweit angefochten worden, als darin dem Beklagten der Beweis der Ausflucht nachgelassen ist, daß das in dem in der Klage beigebrachten, von allen Theilen anerkannten Frachtbriefe bezeichnete Frachtgut verloren gegangen sei.

Indem beide Appellanten den Wegfall dieser Beweisauflage verlangen, gehen sie dabei von sich entgegenstehenden Gesichtspunkten aus.

Kläger erachtet den Beklagten zu Führung dieses Beweises zwar an sich für verbunden, will ihn aber dazu nicht gelassen, vielmehr sofort in Rückgabe des streitigen Frachtguts verurtheilt wissen, weil derselbe eine Ausflucht der vorhergehenden Tendenz in schlüssiger Weise nicht vorgeschützt habe. Dagegen glaubt Beklagter unter Heinweisung auf die Schwierigkeit dieses Beweises desselben um deswillen überhoben zu sein, weil nach der Bestimmung in §. 19 Abs. 2 des von ihm beigebrachten, den Acten vorgehefteten Reglements für den Vereinsgüterverkehr auf den Bahnen des Vereins deutscher Eisenbahn-Verwaltungen vom 1. März 1865 das Gut vier Wochen nach Ablauf der Lieferungszeit als in Verlust gerathen zu betrachten, dieser Zeitraum aber längst abgelaufen sei. Man hat jedoch in jetziger Instanz die Beschwerden der Parteien nach keiner der vorbemerkten Richtungen hin für begründet befunden.

Dem Beklagten ist zunächst einzuhalten, daß die angezogene Reglements-Bestimmung, wie das Wort „erst" andeutet, blos den frühesten Zeitpunkt, von welchem ab das Gut als in Verlust gerathen zu betrachten sei, festsetzt, daß ferner darin füglich blos eine das Rechtsverhältniß der vereinigten Bahnverwaltungen untereinander bezüglich ihrer gegenseitigen Vertretungs- oder Ersatzansprüche regelnde innere Norm erblickt werden kann, und daß endlich diese Norm, selbst wenn man sie als eine im Verkehr mit den Frachtgebern auch für diese maßgebende ansehen wollte, etwas Mehreres nicht besagt, als daß die Letzteren erst von dem angegebenen Zeitpunkte an etwaige Ansprüche wegen Verlusts des Frachtguts erheben dürfen, nicht auch, daß sie von da ab solche erheben müssen, d. h. Rückgabe des Frachtguts zu verlangen nicht weiter berechtigt sind. Gegen die Auslegung in dem zuletztgenannten Sinne und für die Annahme, daß die ganze Bestimmung eine rein reglementäre, nur für das Verhältniß der Eisenbahnverwaltungen unter sich gültige sein solle, spricht überdies entschieden die Disposition in Art. 423 des ADHGB.'s, welche den Eisenbahnen die Ausschließung oder Beschränkung der in Art. 395, 396, 397, 400, 401, 408 enthaltenen Bestimmungen über die Verpflichtung des Frachtführers zum Schadenersatz, sei es in Bezug auf den Eintritt, den Umfang oder die Dauer der Verpflichtung oder in Bezug auf die Beweislast im Allgemeinen verbietet und ausschließlich in den durch die nachfolgenden Artikel nachgelassenen Richtungen gestattet. Nun ist aber in keinem der Art. 424 flg. gesagt, daß der Eintritt der Schadenersatzpflicht des Frachtführers in irgend einer Weise in dessen willkürliches Ermessen gestellt werden dürfe oder daß er von der nach allgemeinen Grundsätzen wie nach Art. 402 zweifellosen Verbindlichkeit, das Frachtgut auf rechtzeitiges Verlangen des Absenders diesem zurückzugeben, anders sich befreien könne, als durch den, der Natur der Sache nach ihm obliegenden Beweis, daß er durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts in die Unmöglichkeit gesetzt sei, dasselbe überhaupt oder in unverändertem Zustande zurückzugeben. Auch Art. 395 und 396 setzen Verlust oder Beschädigung als eine bereits feststehende, mithin, soweit nicht darüber Einverständniß der Betheiligten vorhanden, zu beweisende That-

sache voraus. Mit Recht hat daher Kläger darauf hingewiesen, daß bis zur Erbringung dieses Beweises sein Recht auf Rückgabe der in der Klage gedachten Kiste in natura ungeschmälert fortbestehe und wider seinen Willen selbst durch die Oblation vollständigen Schadenersatzes Seiten des Beklagten nicht aufgehoben werden könne.

Andererseits hat man aber auch dem Kläger nicht beistimmen können, wenn er behauptet, daß Beklagter zu dem mehrgedachten Beweise, der Unzulänglichkeit seines darauf bezüglichen Vorbringens halber, nicht zu lassen sei. Der im Art. 395 gebrauchte Ausdruck „Verlust", welcher schon im Art. 367 und 386 und nachmals wiederum, z. B. im Art. 396 und 408 mehrfach in gleicher Zusammenstellung mit dem Worte „Beschädigung" vorkommt, darf nach der Ansicht jetziger Instanz schon seiner Allgemeinheit halber nicht allein von dem Untergange oder der vollständigen Vernichtung der Existenz des Frachtgutes verstanden werden, sondern umfaßt alle Fälle, in denen der Frachtführer sich in der Unmöglichkeit befindet, das ihm übergebene Gut abliefern oder zurückgeben zu können, weil er es nicht in Händen hat, noch weiß, wo es anzutreffen ist: er bezeichnet, wie sich aus der Vergleichung der vorerwähnten Artikel ergiebt, einfach den Gegensatz zu der Lage des Commissionairs, Spediteurs oder Frachtführers, welcher die ihm vertragsmäßig obliegende Verbindlichkeit zur Aufbewahrung, beziehentlich Beförderung und Ablieferung thatsächlich zu erfüllen im Stande ist. Daß er sich im Zustande der gedachten Unmöglichkeit befinde, hat aber Beklagter durch sein Anführen: „es sei der Verlust des Frachtgutes eingetreten, daher könne dasselbe nicht zurückgegeben werden", sowie: „das Frachtgut sei auf zur Zeit nicht zu ermitteln gewesene Weise verloren gegangen", insoweit genügend zu erkennen gegeben, daß ihm der Beweis der hierin liegenden Exception zumal nach den milden Grundsätzen, welche der Gerichtsbrauch bei Beurtheilung der Exceptionsbegründung angenommen hat, nicht versagt werden konnte.

11.

Die Nachbildungen eines Kunstwerkes haben nicht ihrerseits wieder den Schutz gegen anderweite Nachbildungen.

II. Sen.=Erk. vom 10. Decbr. 1869 no. 1043|934 *).

Obwohl es sich nur um Wiederholung von vielfach Ausgesprochenem und namentlich dem Sachwalter des Klägers sattsam Bekanntem handeln kann, so will man nächst einer Verweisung auf die dem klägerischen Sachwalter ebenfalls bekannte Auffassung des OAG.'s in Bezug auf die Bedeutung der Verlagsscheine in der in den

Annalen N. F. Bd. III, S. 298

zur Mittheilung gelangten Rechtssache, nur folgende kurze Bemerkungen zu Klarlegung der Auffassung des OAG.'s machen.

1.

Von einem richterlichen Schutze der Rechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst kann nur auf Grund eines den Richter dazu ermächtigenden Gesetzes die Rede sein.

2.

Das einzige Gesetz, welches ungeachtet vielfacher zeither vergeblicher Versuche zu Erzielung anderer, den Intentionen des Klägers günstigerer Bestimmungen in Sachsen erlassen ist, ist das Gesetz vom 22. Februar 1844.

3.

„Das Recht, Werke der Kunst auf mechanischem Wege zu vervielfältigen, steht (nach §. 1 des Gesetzes) ausschließlich dem Ur=

---

*) Beklagter hatte für Herstellung von Photographien einer Reihe von Gemälden der Dresdener Gallerie Lithographien benutzt, welche Kläger von eben diesen früher gefertigt und publicirt hatte. Der im Eingange der Rationen gedachte Vorgang ist der bekannte Prozeß Piloty und Löhle c/a Payne, vergl. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XIV, S. 75 flg.

heber selbst und seinem Rechtsnachfolger zu, und es ist eine dergleichen Vervielfältigung durch Unbefugte für widerrechtliche Nachbildung zu erachten."

4.

„Es kommt" nach §. 2 „bei Werken der Kunst nichts darauf an, ob die Nachbildung nicht auf rein mechanischem Wege, sondern mit Hülfe einer durch selbstständige Kunstfertigkeit hervorgebrachten Nachbildung bewirkt worden ist."

5.

Classificirt man die im concreten Falle vorliegenden Piecen unter die durch das Gesetz angeleitete Begriffsbestimmung, so sind die in §. 1 erwähnten „Werke der Kunst" zweifelsohne die Originalgemälde auf der Dresdener Gallerie, von welchen Kläger Nachbildungen publicirt hat. Klägers Nachbildungen aber sind solche, welche „nicht auf rein mechanischem Wege, sondern mit Hülfe einer selbstständigen Kunstfertigkeit (der Zeichnenkunst) bewirkt worden" sind. Beklagtens Nachbildungen sind — zumeist — auf rein mechanischem Wege erzielte Nachbildungen von Klägers Nachbildungen.

6.

Da nun das Gesetz den Werken der Kunst (den Originalien) Nachbildungen, sei es auch mit Hülfe einer selbstständigen Kunstfertigkeit (z. B. der Zeichnenkunst) ausgeführte gegenüberstellt und nur ersteren, nicht aber letzteren mit ausdrücklichen oder irgend einer derartigen Auslegung zugänglichen Worten (übrigens unter gegebenen, hier nicht in Frage kommenden Voraussetzungen) Schutz in Aussicht stellt, so ist es vom richterlichen Standpunkte aus unzulässig, diese Producte der bloßen Kunstfertigkeit im Sinne des §. 2 als selbstständige Werke der Kunst im Sinne des §. 1 zu betrachten und diesen, den Nachbildungen Beklagtens gegenüber, einen Schutz im Sinne des Gesetzes zu vindiciren. Nicht die Kunstfertigkeit des Nachbildners, nur die Urheberschaft des Originals ist vom Gesetze geschützt.

12.

Zur Lehre vom Versicherungsvertrags. (Lebensversicherung) — Auslegung von Statutenclauseln.

II. Sen.-Erk. vom 12. Mai 1870 no. 299|288.

Die von beklagter Gesellschaft vorgeschützte Einrede der Verjährung stützt sich auf die Bestimmung unter Nr. 9, Abs. 9 der Versicherungsbedingungen, welche wörtlich dahin lautet:

> „Wird die Auszahlung der versicherten Summe von der Gesellschaft verweigert (conf. ad 7 und 8) und glaubt der Betheiligte sich hierbei nicht beruhigen zu können, so muß er bei Verlust seines Rechtes dasselbe binnen 6 Monaten nach der ihm bekannt gewordenen Weigerung bei dem compententen Gericht geltend machen."

Man will nun ganz dahingestellt sein lassen, ob aus der beigebrachten Correspondenz wirklich entnommen werden könne, daß Beklagte schon vor Anstellung der Klage Klägerm gegenüber die Auszahlung der Police bestimmt verweigert, ob namentlich gegen Klägern aus den gar nicht an ihn für seine Person, sondern an die Firma Th. und Co. gerichteten Briefen der Beklagten etwas Nachtheiliges gefolgert werden dürfe und ob der Brief unter Nr. 24 an Klägers Sachwalter nothwendig in dem Sinne aufgefaßt werden müsse, in welchem Beklagte ihn aufgefaßt wissen will.

Jedenfalls steht soviel fest, daß eine Bestimmung wie die obige, als eine Pönalbestimmung, einer strengen Auslegung zu unterwerfen ist und daß solche sich nur dann zur Anwendung bringen läßt, wenn zweifellos feststeht, daß sie wirklich einschlage.

Letzteres ist nun aber nach Ansicht des ADG.'s hier keinesweges der Fall.

Zuvörderst wird zugegeben werden müssen, daß bei den Worten der fraglichen Bestimmung:

> „Wird die Auszahlung der versicherten Summe von der Gesellschaft verweigert,"

nicht an eine, gegen eine irgend beliebige Person, sondern nur an eine gegen die aus der Police berechtigte Person, oder, wie es in

der Bestimmung selbst heißt, gegen den „Betheiligten" ausgesprochene Weigerung gedacht worden sein könne. Dies lehrt nicht nur der ganze Zusammenhang, sondern schon die Natur der Sache, indem nicht abzusehen sein würde, wie eine gegen einen völlig Unbetheiligten erklärte Weigerung den Betheiligten überhaupt solle berühren können.

Daß man nun aber unter dem Betheiligten schlechthin den Inhaber der Police verstanden habe, läßt sich um so weniger so ohne Weiteres annehmen, als Lebensversicherungspolicen, selbst wenn sie auf den Inhaber gestellt sind, nicht zu den eigentlichen, sondern nur zu den sogenannten uneigentlichen oder unvollkommenen Inhaberpapieren zählen,

Commentar zu dem BGB., Bd. II, S. 212 zu §. 1048 (ed. 2).
Annalen des OAG.'s Bd. III, S. 399.
Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren §. 116, S. 518 flg.

wie denn die auf der Rückseite der hier fraglichen Police abgedruckten Versicherungsbedingungen sogar ausdrücklich besagen:

„die Gesellschaft behält sich das Recht vor, die Legitimation des Empfängers zu fordern und zu prüfen,"

eine Bestimmung, welche mit der Natur eines eigentlichen Inhaberpapiers geradezu unvereinbar sein würde. Es liegt daher sehr nahe, davon auszugehen, daß unter dem „Betheiligten" vielmehr zunächst der Erbe des Versicherten gemeint worden sei und daß also von einem Laufe der in der obigen Bestimmung festgesetzten sechsmonatigen Frist so lange nicht die Rede sein könne, als die Versicherungsgesellschaft nicht auch dem Erben des Versicherten gegenüber eine Weigerung, das Versicherungscapital auszuzahlen, ausgesprochen.

Hierfür spricht namentlich sehr entschieden der bereits von Klägern hervorgehobene Umstand, daß, wäre unter dem „Betheiligten" schlechthin der Inhaber der Police zu verstehen, letzterer es ganz in der Hand haben würde, durch Aufgeben seiner Inhabung zum Vortheile des Erben nach Ablauf der sechsmonatigen Frist die obige Bestimmung geradezu illusorisch zu machen und daß sich unmöglich voraussetzen läßt, es habe Beklagte eine Bestimmung getroffen, auf Grund deren sie vielleicht einer einzelnen Person gegenüber die Aus-

zahlung der Versicherungssumme ablehnen könnte, ohne jedoch von der Verbindlichkeit zur Auszahlung überhaupt befreit zu sein.

Wollte man aber auch dieser Argumentation nicht beipflichten, so wird man wenigstens soviel einräumen müssen, daß die in Rede stehende Bestimmung verschiedene Auslegungen verstattet, und schon hiernach wird man sich für diejenige Auslegung entscheiden müssen, bei welcher das Recht Klägers bestehen bleibt.

Beklagte hat unter 3 ganz im Allgemeinen die Ausflucht vorgeschützt, daß die verehel. Adv. M. sie bei den behufs Abschlusses des Versicherungsvertrags gemachten Angaben getäuscht habe.

Nun stimmt man zwar der vorigen Instanz darin bei, daß auf das angebliche Verschweigen der früher angegebenen Krämpfe und Fehlgeburten ein Gewicht nicht gelegt werden könne. Denn aus den eignen Angaben der Beklagten in Verbindung mit den von ihr selbst beigebrachten Schriftstücken geht hervor, daß dieselbe, als sie im Jahre 1865 auf das Leben der verehel. Adv. M. die Summe von 3000 Thalern versicherte, von einer älteren Versicherung her, davon, daß die M. früher an Krämpfen gelitten und zweimal abortirt, Kenntniß gehabt haben muß. Es kann also davon, daß Beklagte bei dem neueren Versicherungsvertrage durch das Verschweigen der früheren Krämpfe und Fehlgeburten getäuscht worden wäre, nicht die Rede sein, wie denn auch dieselbe offenbar ihrerseits sich eines dolus schuldig gemacht haben würde, wenn sie, obwohl sie bei Eingehung des neueren Versicherungsvertrags gewußt, daß die M. früher an Krämpfen gelitten und abortirt, in der Absicht, auf das Verschweigen dieser Krämpfe und Fehlgeburten hin künftig die Auszahlung der Versicherungssumme zu verweigern, unterlassen hätte, die M. auf das Verschweigen rechtzeitig aufmerksam zu machen.

Dagegen hat man auf der andern Seite, eben weil die Ausflucht stattgefundener Täuschung ganz im Allgemeinen vorgeschützt worden, keine ausreichende Veranlassung gefunden, die Beklagte bei dem ihr nachzulassenden Beweise auf den Nachweis der Bl. speciell hervorgehobenen Behauptung zu beschränken, und es bleibt daher derselben unbenommen, ihren Beweis auch mit darauf zu richten, daß die verehel. M. noch andere, ihren Gesundheitszustand betreffende

Umstände verschwiegen oder in Bezug darauf unwahre Angaben gemacht habe.

Indessen versteht es sich von selbst, daß diese Umstände insgesammt erhebliche, d. h. wie schon die vorige Instanz ganz richtig ausgesprochen, solche sein müssen, welche, wären sie zur Kenntniß der Beklagten gekommen, nach dem Urtheile Sachverständiger auf die Bemessung der wahrscheinlichen Lebensdauer der Versicherungsnehmerin und die Gestaltung des Versicherungsvertrags hätten Einfluß äußern können, also die Beklagte bewogen haben würden, die Versicherung entweder überhaupt nicht, oder doch nur unter härteren Bedingungen einzugehen.

Denn die Behauptung der Beklagten, es müsse nach Nr. 8 der Versicherungsbedingungen schlechthin der Nachweis einer Unwahrheit oder Verschweigung bei den behufs Abschlusses der Versicherung gemachten Angaben ausreichen, erscheint um deswillen als eine irrige, weil eines Theils schon die Worte:

„mit Ausnahme unwesentlicher Irrthümer"

darauf hindeuten, daß nur das Verschweigen erheblicher Umstände den Verlust der Versicherungssumme herbeiführen solle, anderen Theils es an sich klar ist, daß die Fragen, welche von den Lebensversicherungsgesellschaften an den, dessen Leben versichert werden soll, über dessen Gesundheitszustand und frühere Krankheiten gerichtet werden, überhaupt nur zu dem Zwecke erfolgen, um über Thatsachen Auskunft zu erhalten, welche für die Eingehung des Versicherungsvertrags von Wichtigkeit sind, weshalb denn auch nicht vorausgesetzt werden kann, daß es in der Absicht der Beklagten gelegen, den Verlust des Versicherungscapitals schon für den Fall des Verschweigens völlig gleichgültiger Umstände anzudrohen.

13.

Ueber die Bestimmungen der §§. 852 und 853 des BGB.'s, namentlich in ihrer Anwendung auf Lebensversicherungsverträge — Im Zweifel ist nur derjenige

Angehörige forderungsberechtigt, der die Erbschaft antritt.

II. Sen.-Erk. vom 2. März 1871 no. 140/128.

1) Der erste Satz des §. 852 des BGB.'s hat die Bestimmung, die Vorschriften des römischen Rechts über den Uebergang der Forderungen aus Verträgen auf die Erben des Gläubigers wiederzugeben. Dies gilt namentlich von der Forderung aus einem Vertrage, durch welchen sich Jemand versprechen läßt, daß ihm Etwas nach seinem Tode geleistet werden soll. Während nämlich ein solcher Vertrag, wenn man die Worte premirt, etwas Unmögliches enthält und daher auch nach älterem römischen Rechte für ungültig angesehen wurde,

§. 13 J. de inutilib. stipulationibus,

hatte bereits Justinian in der

l. unic. Cod. Ut act et ab her.

diesen Vertrag für gültig erklärt, indem er die Worte ihrem Sinne nach und zwar dahin interpretirte, daß nach dem Tode des Promissars dem Erben desselben geleistet werden sollte. Auch war dies ganz richtig. Denn der Erbe succedirt in das ganze Vermögen seines Erblassers und es kann daher mit Grund gesagt werden, daß, wenn dem Erben, als solchem, geleistet wird, dies eine Leistung an den Erblasser ist.

Der zweite Satz des §. 852 gründet sich auf den ersten, setzt namentlich die Gültigkeit der Verträge, in welchen sich der Promissar eine Leistung nach seinem Tode, mit oder ohne Zusatz „an seinen Erben," hat versprechen lassen, voraus, und entscheidet die Frage, ob sich Jemand auch eine Leistung an seinen Erben oder an einen seiner mehreren Erben versprechen lassen könne. Denn dies folgt nicht ohne Weiteres aus dem ersten Satze, wie sich insbesondere daraus ergiebt, daß wenigstens die Gültigkeit der Stipulation zu Gunsten eines der mehrern Erben nach römischem Rechte

l. 33 D. de pact.

l. 137 §. 8 D. de verb. obligat.

nicht außer allem Zweifel beruht. Wenn nun aber die angegebene Frage im zweiten Satze des §. 852 des BGB.'s bejaht wird, so lehrt der Zusammenhang, daß es sich dabei um ein Recht des

Promissars handelt, daß die Erben die Forderung aus dem Rechte des Erblassers erwerben und, wenn sie selbst namhaft gemacht worden sind, nicht für ihre Person, sondern nur als Erben, d. h. als Vertreter der activen und passiven Erbschaft, klagen können.

2) Wenn der Gläubiger über eine Forderung, welche erst nach dessen Tode oder an dessen Erben oder an einen der mehrern Erben desselben zu erfüllen ist, unter allen Umständen ein Dispositionsrecht mit einer für die Erben verbindlichen Wirkung hat, so bildet bei der Lebensversicherung die ausgefertigte Police ein sogar greifbares Object, über welches der Versicherte unter Lebenden und auf den Todesfall verfügen kann, und zwar unter Lebenden durch Veräußerung oder Verpfändung der Police, und auf den Todesfall durch letzten Willen, Erbvertrag, Schenkung auf den Todesfall u. s. w. Da nämlich der Versicherte der Gläubiger ist und der Erbe desselben in das ganze Vermögen, das active sowohl als auch das passive, eintritt, so liegt in der Natur der Sache, daß der Erbe des Versicherten nicht blos die Verfügungen seines Erblassers über die Lebenspolice anerkennen muß, sondern auch vermöge seines Erbrechts zu der Erhebung der Versicherungssumme nur dann berechtigt ist, wenn er die Erbschaft antritt und in alle damit verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten succedirt. Nach diesem Begriffe der Erbschaft, als der Fortsetzung der vermögensrechtlichen Existenz des Erblassers durch den Erben, kann in der Stipulation, daß dem Erben oder einem der mehreren Erben geleistet werden soll, nicht einmal eine s. g. solutionis causa adjectio erblickt werden, indem diese eine Verschiedenheit zwischen dem Gläubiger und dem s. g. solutionis causa adjectus voraussetzt, welche zwischen dem Erblasser und Erben nicht gedacht werden kann. Der Erbe, welchem in Folge der Anweisung seines Erblassers geleistet wird, bleibt Erbe und kann sich in seinem Verhältnisse zu der Erbschaft nicht als ein dieser gegenüberstehender Dritter betrachten. Nur wenn mehrere Erben vorhanden sind, kann die Verfügung des Erblassers, daß die Versicherungssumme einem Erben allein gehören soll, auf die Vertheilung des Nachlasses unter die Erben Einfluß haben.

3) Die entgegengesetzte Ansicht, daß die Lebensversicherungssumme ein nicht zu dem Nachlasse gehöriger Außenstand sei, ent-

behrt jeder Begründung. Man führt dafür an, es sei im Zweifel anzunehmen, daß der Versicherte durch die Versicherung seines Lebens seinen nächsten Verwandten, namentlich denjenigen, zu deren Alimentation er bei seinen Lebzeiten verpflichtet sei, auch nach seinem Tode die erforderlichen Subsistenzmittel zu verschaffen beabsichtigt hat. Aber diese Annahme ist eine völlig willkürliche. Die Fürsorge für die nächsten Verwandten ist zwar für Viele der Bestimmungsgrund zu der Versicherung ihres Lebens, aber es kommen auch nicht sogar selten Fälle vor, in welchen mit der Lebensversicherung ganz andere Zwecke verfolgt werden. Am wenigsten läßt sich behaupten, daß die rechtliche Natur des Versicherungsvertrages nach der Absicht des Versichernden zu bestimmen sei. Wäre nämlich selbst nachweisbar, daß er den Versicherungsvertrag zu dem Ende geschlossen hätte, um seinen nächsten Verwandten auch nach seinem Tode eine Unterstützung zu gewähren, so würde daraus immer noch nicht folgen, daß die nächsten Verwandten ein jus quaesitum auf die Versicherungssumme hätten, weil die Fürsorge für dieselben als ein, in dem Innern des Versichernden verschlossener Gedanke, nur der Grund wäre, warum er sein Leben versicherte, nicht aber als eine Entäußerung des durch die Versicherung erworbenen Anspruchs an die Verwandten, als Dritte, gelten könnte. Derselbe Bestimmungsgrund liegt vielen andern Erwerbungen unter und dessenungeachtet wird Niemand behaupten wollen, es seien dies Erwerbungen für die nächsten Verwandten und es gehe die Erwerbung auf die letzteren über. Der Begriff der nächsten Verwandten geht in dem Begriffe der nächsten Intestaterben auf, und es können daher Verfügungen zu Gunsten der nächsten Verwandten nur dann in Erfüllung gehen, wenn dieselben ab intestato erben. Hierzu kommt, daß die Personen der nächsten Verwandten, selbst wenn man darunter die Verwandten versteht, welchen gegenüber der Versicherte zur Alimentation gesetzlich verpflichtet ist, bis zum Tode des letzteren fort und fort wechseln und eine Gewißheit darüber, wer die nächsten Verwandten seien, welchen die Versicherungssumme zukäme, nur erst nach dem Tode des Versicherten zu erlangen wäre.

4) Die Beklagten haben sich nicht darauf zu beziehen vermocht, daß der verstorbene G. sein Leben unter Verhältnissen versichert

habe, bei deren Vorhandensein die Forderung auf die Versicherungssumme nach der Vorschrift des §. 853 des BGB.'s als auf sie übergegangen zu betrachten wäre. Ebensowenig liegt, wie die vorige Instanz ausführt, in den Acten irgend ein Moment für die Annahme vor, daß die Forderung aus der Lebenspolice, nach deren Aushändigung an den verstorbenen G., durch ein Rechtsgeschäft auf die Beklagten übertragen worden wäre. Es kann daher auch die Frage, ob die Uebertragung nicht unter den vorliegenden besonderen Verhältnissen von den G.'schen Gläubigern würde angefochten werden können, dahin gestellt bleiben.

14.

Wechselklage des Trassanten gegen den Acceptanten. — Proteststpesen? — WO. Art. 23, 43, 81.

II. Sen.-Erk. vom 2. Juni 1870 no. 373/343.

Beklagter hat den der Klage zum Grunde gelegten Wechsel und Protest ausfluchtslos anerkannt. Der Wechsel ist eine von dem Kläger an eigene Ordre auf den Beklagten gezogene und von dem letzteren angenommene Tratte. Nach dem Art 23 der ADWO. haftet der Bezogene aus dem Accepte auch dem Aussteller gegenüber wechselmäßig, ohne daß es eines Protestes wegen Mangels der Zahlung am Verfalltage bedarf. (Art. 43 der ADWO.) Zwar kann der Acceptant unter Umständen berechtigt sein, die Wiedererstattung des auf den Wechsel Bezahlten von dem Trassanten zu fordern. Aber dieses Recht kann er nur im Ordinarprocesse mittelst der actio mandati contraria geltend machen.

Annalen N. F. Bd. II, S. 537 und
Hagen, ADWO. S. 41, not. 2.

In dem vorliegenden Falle hat der Kläger sogar durch einen Protest nachgewiesen, daß der Wechsel zur Verfallzeit protestirt worden sei, und es kann nur die Frage entstehen, ob der Beklagte dem Kläger auch wegen der Protestkosten und sonstigen Spesen regreßpflichtig sei. Indessen hat der Beklagte einen hierauf hinzielenden Einwand gar nicht gemacht. Es bedarf daher auch nicht einmal der Bemerkung, daß, hätte der Beklagte einen solchen Einwand gemacht,

darauf nicht Rücksicht zu nehmen gewesen wäre, weil unter den regreßpflichtigen Personen im Art. 81 der ADWO. auch der Acceptant mitgenannt wird, zu den Regreßansprüchen aber nach Art. 50 der ADWO. auch die Protestkosten und andere Auslagen und Spesen gehören.

15.

Auch bei der Wechselverjährung (WO. Art. 80.) gilt §. 153 des BGB.'s, wonach die Verjährung nicht e. o. zu berücksichtigen ist.

II. Sen.-Erk. vom 20. Jan. 1870 no. 956/952 von 1869.

Der Beklagte hat als eine neue Beschwerde die aufgestellt, daß die eingetrene Verjährung des Wechsels nicht von Amtswegen berücksichtigt worden sei, indem er, unter dem Nachweise, daß der geklagte Wechsel vor der Insinuation der Klage verjährt gewesen sei, darauf Bezug nimmt, daß die Vorschrift des §. 153 des BGB.'s auf die Wechselverjährung keine Anwendung finde. Nun läßt sich zwar keineswegs verkennen, daß die Wechselverjährung, namentlich wegen der Bestimmung in Art. 80 der ADWO. Eigenthümlichkeiten hat, welche geeignet sind, die unbedingte Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB.'s über die Vejährung, namentlich des §. 153, auf die Wechselverjährung zweifelhaft zu machen.

Commentar ed. II, Bd. I, S. 183.

Aber dessenungeachtet ist an der Ansicht, daß die Beziehung des Beklagten auf die Verjährung eine Exception enthält und der Richter dieselbe nicht ex officio, vielleicht sogar gegen den Willen des Beklagten, berücksichtigen darf, festzuhalten und wollte man nun auch wegen der eigenthümlichen Natur der Wechselverjährung von dieser Regel eine Ausnahme insofern machen, als man die Vorschützung der Exception der Verjährung bei den Wechseln nicht an die für die Vorschützung der Exceptionen vorgeschriebene Frist für gebunden ansehen wollte, so würde doch wenigstens, wenn der Beklagte bis zum Schluße der Acten auf die Erlöschung des Wechsels durch den Ablauf der Zeit gar nicht Bezug genommen hätte, in der

Entscheidung nicht dem Beklagten ein Liberationsgrund aufgezwungen werden können, auf welchen er selbst keinen Anspruch macht.

Hieraus ergiebt sich, daß der Beklagte, wenn er erst in der dritten Instanz die Exception der Verjährung geltend macht, unter allen Umständen zu spät auf einen Einwand zurückgreift, welchen er wenigstens bis zum Schlusse des ersten Verfahrens geltend zu machen hatte.

16.

Der Regreßklage gegen den Indossanten gegenüber ist die Einrede unbeachtlich, daß der Acceptant dem Präsentanten einen neuen Wechsel ausgestellt habe.

II. Sen.-Erk. vom 14. Juni 1870 no. 407/363.

Wäre es selbst begründet, daß der Kläger sich, nach der Erhebung des Protestes Mangels Zahlung, von dem Acceptanten Wechsel hätte geben lassen, so würde dies den Beklagten als Indossanten noch immer nicht berechtigen, wider die Bl. angestellte Regreßklage mit Erfolg zu excipiren. Denn der Acceptant und der regreßpflichtige Indossant sind nicht sogenannte correi debendi, bei welchen allerdings die Regel gilt, daß gewisse Einreden, die der eine correus debendi hat, auch dem andern correus debendi zustehen. Nur wenn der Beklagte sich darauf zu beziehen vermocht hätte, daß der Kläger nach Erhebung des Protestes Mangels Zahlung von dem Acceptanten Zahlung erhalten hätte, könnte der Zweifel entstehen, ob der Beklagte hierdurch liberirt worden wäre.

Archiv für das WR. und HR. Bd. XVIII, S. 259 unter no. 3.

17.

Bedeutung von Durchstreichungen auf der Rückseite des Wechsels — Vollziehung mit geführter Hand? WO. Art. 94.

II. Sen.-Erk. vom 20. Jan. 1870 no. 977/965.

Die auf der Rückseite des der Klage zu Grunde liegenden Wechsels enthaltenen durchstrichenen Worte geben in doppelter Be-

ziehung zu Zweifeln Anlaß, und zwar erstens insofern, als die Frage entstehen kann, ob in jener Durchstreichung nicht schon an sich eine solche Verletzung der Integrität des Wechsels selbst zu finden sei, durch welche die Geltendmachung des in letzterem verkörperten Forderungsrechtes wenigstens für den vorliegenden Urkundenprozeß ausgeschlossen werde und zweitens insofern, als, wie die vorige Instanz angenommen, der noch lesbare Theil der durchstrichenen Bemerkung die von der Beklagten vorgeschützte Einrede der Stundung zu unterstützen geeignet erscheine.

Das zuletzt gedachte Bedenken erledigt sich jedoch schon durch die Erwägung, daß durchstrichene Urkunden oder durchstrichene Theile einer Urkunde irrecognoscibel und deshalb der Regel nach beweisunkräftig sind. Sofern daher die Beklagte durch die auf der Rückseite des Wechsels befindliche durchstrichene Bemerkung die vorgedachte Einrede liquid zu stellen beabsichtigt, erscheint die auf der Rückseite des Wechsels enthaltene durchstrichene Zeile dazu ganz eben so ungeeignet, als wenn von derselben zu dem Behufe dieses Nachweises eine auf einem besonderen Blatte ausgestellte, jedoch ebenfalls durchstrichene oder durchrissene Stundungserklärung beigebracht worden wäre. Es genügt in dieser Hinsicht, auf das durch die

Annalen des OAG.'s A. F. Bd II, S. 251

zur öffentlichen Kenntniß gebrachte, auch im

Archive für HR. und WR., Bd. X, S. 101 flg. und in der Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. Bd. XX, S. 27

abgedruckte, den völlig analogen Fall einer auf der Rückseite des Wechsels befindlich gewesenen, jedoch durchstrichenen Quittungserklärung behandelnde Präjudiz zu verweisen. Dieser Auffassung steht auch der Grundsatz, daß der Wechselinhaber der Vorschrift in Art. 55 der WO. ungeachtet weder ein auf einen bestimmten Namen lautendes Indossament durch Durchstreichen des Namens des Indossatars in ein Blanco-Indossament, noch auch ein Procura-Indossament durch Durchstreichen des bezüglichen Vorbehalts in ein volles Indossament zu verwandeln als berechtigt angesehen werden könne, entgegen. Denn der Grund dieser Annahme beruht nicht, wie man allerdings gesagt hat,

Borchardt, die ADWO. ed. IV, Zusatz 422, sub C.,

darin, daß solche einzelne Worte des Vormerkes, des Durchstreichens ungeachtet, ihre ursprüngliche Bedeutung und Wirkung behielten, da vielmehr durch die Zerstörung der Form das Recht aus der letzteren schlechterdings getilgt wird, mag die Zerstörung eine zufällige oder absichtliche und möge sie ausgegangen sein', von wem sie wolle,

Thöl, Handelsrecht ed. 2, Bd. II, §. 319,

sondern darin, daß die Unwirksamkeit eines Vorgehens der vorgedachten Art ohne Weiteres schon daraus folgt, daß die theilweise Tilgung einer auf dem Wechsel enthaltenen Erklärung die Ungültigkeit auch des unverletzt gelassenen Theiles der partiell ausgestrichenen und deshalb in ihrer Form verletzten Wechselerklärung zur Folge haben muß. Weiter ist in dem obenangezogenen Präjudize aber auch bereits darauf hingewiesen worden, daß überhaupt die Existenz einer durchstrichenen Bemerkung auf dem Wechsel, wenn sich dieselbe nur auf dessen Rückseite vorfindet und überhaupt keinen wesentlichen Theil des Wechsels verletzt, die Integrität des Wechsels als eines die Forderung selbst enthaltenden Papieres aufzuheben, nicht als hinreichend angesehen werden kann. Einerseits folgt dies schon aus der Bestimmung in Art. 55 jct. Art. 36 Abs. 2 der WO. Denn handelt dieselbe auch nur von der Berechtigung des Wechselinhabers, vorhandene Nach-Indossamente auszustreichen, so ist es doch nach dem Vorbemerkten schon vom rechtlichen Standpuncte aus, in der Regel aber auch factisch unmöglich, den Inhalt einer ausgestrichenen Erklärung einer richterlichen Prüfung zu unterwerfen. Andrerseits folgt aber auch die Berechtigung des Wechselinhabers zur Ausstreichung solcher nebensächlicher, auf dem Wechsel befindlicher Erklärungen, die von ihm selbst herrühren, aus der Natur der Sache. Durch die bloße Ausstellung einer schriftlichen Erklärung erlangt der Natur der Sache nach ein Dritter keine Rechte, sondern es gehört dazu jeder Zeit die Ausantwortung der bezüglichen schriftlichen Erklärung an denjenigen, welcher durch dieselbe berechtigt werden soll. Dies hat im Wesentlichen auch beim Wechsel zu gelten. Die Durchstreichung einer auf einem solchen befindlichen Quittungs- oder Gestundungs-Erklärung enthält daher, so lange sich der Wechsel noch in der Inhabung des Ausstellers derselben befin-

det, lediglich die Rücknahme des bezüglichen, bis dahin blos einseitig beabsichtigten, noch zur Zeit aber nicht wirksam gewordenen Verzichtes. Darauf beruht es auch, wenn im Art. 39 der WO. dem Schuldner sowohl das Recht, nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen, als auch bei Theilzahlungen das Recht eingeräumt wird, nicht nur zu verlangen, daß die Zahlung auf den Wechsel abgeschrieben werde, sondern ihm auch noch außerdem auf einer Abschrift des Wechsels besondere Quittung ertheilt werde.

Die auf der Rückseite der Klagbeifuge enthaltene durchstrichene Bemerkung erscheint daher in jeder Beziehung für die auf der Vorderseite derselben enthaltene Wechselverschreibung ohne rechtliche Bedeutung.

Thöl a. a. O. §. 319, insbesondere bei not. 3 — 7.

Zweifelhafter erscheint dagegen die Frage, ob in dem Umstande, daß nach Ausweis der gedachten Urkunde die Beklagte den Wechsel nur „mit geführter Feder" unterschrieben habe, ein wesentlicher Mangel des betreffenden Wechsels zu finden sei? Die WO. bestimmt in Art. 94, daß Wechselerklärungen, welche statt des Namens mit Kreuzen oder andern Zeichen vollzogen sind, nur dann, wenn diese Zeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt worden sind, Rechtskraft haben. Im Hinblick auf diese präceptive Vorschrift nimmt die Praxis mit Recht an, daß der Mangel der vorschriftmäßigen Beglaubigung des vorhandenen Namenszeichens auch durch ein Seitens des des Schreibens unkundigen Ausstellers im Prozesse abgegebenes Anerkenntniß der Aechtheit der Unterschrift nicht ersetzt werden könne.

Borchardt a. a. O. Zusatz 644b.

Von dem Falle, in welchem der Wechsel mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogen worden ist, sind jedoch diejenigen wohl zu unterscheiden, in denen der Wechsel zwar den Namen des betreffenden Ausstellers, Acceptanten oder Indossanten an sich trägt, diese Namenszeichnung aber entweder von einem Dritten im Auftrage des benannten Ausstellers, Acceptanten oder Indossanten, oder von dem letzteren selbst, jedoch nur mit geführter Hand, vollzogen worden ist. Es genügt in dieser Hinsicht darauf zu verweisen, daß, wie einerseits ein solcher Wechsel darüber, in wessen Namen die wechselmäßige Verpflichtung übernommen werden sollen, und von wem daher vor-

kommenden Falles der Diffessionseid zu leisten sein würde, genügende Auskunft giebt, andererseits die Fassung des gedachten Eides nach der Bestimmung in §. 4 ad tit. XXV der Erl.PO. nicht blos darauf, daß der benannte Aussteller, Acceptant oder Indossant die streitige Namenszeichnung nicht selbst bewirkt habe, sondern auch darauf zu richten ist, daß selbige auch nicht mit seinem Wissen oder Willen durch einen Anderen auf den Wechsel gebracht worden sei. Schon hieraus folgt, daß ein Fall der hier vorliegenden Art dem in Art. 94 der WO. vorausgesetzten nicht gleichgeachtet werden kann.

Archiv für Deutsches HR. und WR. Bd. X, S. 207 flg. sub no. 44.

18.

Aval und Bürgschaft für den Nominalbetrag des Wechsels. — WO. Art. 81 — Die Einreden im Sinne des Art. 82 sind, wenn liquid, ex officio zu berücksichtigen.

II. Sen.=Erk. vom 17. Mai 1870 no. 291/304.

1) Wenn nach Art. 7 und 81 der ADWO. unter Aval die Mitunterschrift eines Wechsels, eines Indossaments und eines Acceptes mit der Bemerkung, daß der Mitunterschriebene nur als Bürge hafte, zu verstehen ist, so kann in dem der Klage zu Grunde gelegten eigenen Wechsel, in welchem Wechsel und Bürgschaft schon äußerlich getrennt ist, nicht ein Aval gefunden worden. Wechselverbindlichkeit und Bürgschaft für den Nominalbetrag des Wechsels sind nämlich ganz verschiedene Begriffe. Für jene gelten die Vorschrift der ADWO., für diese die civilrechtlichen Bestimmungen über die Bürgschaft in ihrer im §. 1462 des BGB.'s angegebenen Function, nach welcher sie auch den Hinzutritt zu einer fremden Obligation, ohne daß es einer Vorausklage des Principalschuldners bedarf, in sich umfaßt. Jene kann im sog. Wechselprozesse geltend gemacht werden, dieser nur im ordentlichen Prozesse, allenfalls unter den sonstigen Voraussetzungen im Executivprozesse.

2) Die vorige Instanz hat auch darin ganz Recht, daß sie das Bedenken wider den der Klage zu Grunde gelegten Wechsel Amts=

wegen berücksichtigt hat. Liegt nämlich in der auf jenen Wechsel gebrachten Bürgschaftserklärung kein Aval, so gehört der Einwand gegen die Gültigkeit der Bürgschaft, als eines Avals, zu den s. g. Einreden, welche aus dem Wechselrechte hervorgehen und auf welche sich die Vorschrift des Art. 82 der ADWO. bezieht. Diese s. g. Einreden sind exceptiones juris d. h. sie sind vom Richter Amtswegen zu berücksichtigen und zwar in jedem Stadium des Processes bis zur Rechtskraft, also auch, wenn der Beklagte zwar gegen die ihm nachtheilige Entscheidung appellirt, jedoch auf den Mangel des Wechsels nicht aufmerksam gemacht hat.

Archiv für WR. und HR. Bd. XVIII, §. 245 flg. unter B.

3) Was der Kläger wider die Ansicht der vorigen Instanz sagt, erscheint unbeachtlich. Da der Begriff des Avals ein durch die Wechselordnung bestimmter ist, so müssen sich natürlich alle Versuche, diesen Begriff zu ändern, als vergeblich erweisen. Selbst, wenn nachgewiesen werden könnte, daß die Interessenten die auf den Wechsel gebrachte civilrechtliche Bürgschaft als s. g. Aval gelten lassen zu wollen beabsichtigt hätten, könnte darauf etwas nicht ankommen, weil es an der Form fehlen würde, ohne welche eine wechselmäßige Verpflichtung nicht existiren und ein Wechselverfahren nicht statthaben kann.

19.

Form des Protestes in Bezug auf die Wechselcopie — WO. Art. 88.

II. Sen.-Erk. vom 20. Jan. 1870 no. 956|952 von 1869.

Wenn im Art. 88 der ADWO. als ein Erforderniß des Protestes das aufgestellt wird, daß der Protest eine wörtliche Abschrift des Wechsels und aller darauf befindlichen Indossamente und Bemerkungen enthalten müsse, so liegt darin weder, daß die Abschrift des Wechsels dem Contexte der Protesturkunde einverleibt sein müsse, noch, daß nur die förmliche beglaubigte Abschrift des Wechsels genügen könne. Die Vorschrift des Art. 88 der WO. ist nämlich zwar insofern eine formelle Vorschrift, als sie eine Form für die Protesturkunde bestimmt, und es würde namentlich ein Protest,

welchem eine Abschrift des Wechsels gar nicht beigefügt wäre, nicht für gültig anzusehen sein. Aber hieraus folgt nicht, daß die zu der Gültigkeit des Protestes erforderte Abschrift des Wechsels an irgend eine Solennität gebunden sei. Denn der Zweck des Art. 88 der WO. kann unzweifelhaft nur der sein, jeden Zweifel über die Identität des protestirten Wechsels auszuschließen. Ob dieser Zweck erreicht werde, ist Sache der Beurtheilung des einzelnen Falles. In Sachsen, wie in einigen andern deutschen Staaten, in welchen die WO. gilt, z. B. Baiern und Oesterreich, hat sich aber ein constanter Gerichtsbrauch dafür entschieden, daß die Abschrift des Wechsels auch auf der Rückseite des Protestes stehen kann und, wenn eine Abschrift des Wechsels auf die Rückseite des Protestes gebracht worden ist, es, neben einer entsprechenden Bemerkung in dem Contexte der Protesturkunde, weder der solennen Beglaubigung der Abschrift, noch der Unterschrift von Seiten des Notars bedarf.

Archiv fürD eutsches Wechselrecht Bd. I, S. 393, Bd. VI, S. 103.

20.

Ueber die Einrichtung der Klagbitte und Condemnatoria bei der Wechselklage aus einem auf eine Actiengesellschaft gezogenen, von deren Director, Namens derselben acceptirten Wechsel. — WO. Art. 95. — BGB. §§. 789, 1318.

II. Sen.=Erk. vom 28. Juni 1870 no. 399/408.

Der Bescheid Bl. flg. verurtheilte, in Gemäßheit des Klagegesuchs, auf Grund der Urkunden unter A und B Bl. flg. Carl Christoph G.'n in seiner Eigenschaft als Vertreter der Ö.'er Berggaugesellschaft, zur Bezahlung des aufgestellten Liquidi an 1037 Thlr. 19 Ngr. 7 Pf. sammt ferneren Zinsen zu sechs Procent von dem Hauptstamme der 1000 Thlr. vom 20. October 1869 an gerechnet und zur Erstattung der Prozeßkosten, aus dem Vermögen der Ö.'er Bergbaugesellschaft, und zwar nach Wechselrecht. Welchen Erfolg dieser Bescheid haben könne, ist nicht unzweifelhaft. Der Grund, warum man den Bescheid in der angegebenen Weise faßte, liegt unstreitig darin, daß der Wechsel Bl. von dem genannten G.

Namens der Ö.'er Bergbaugesellschaft und zwar mit Angabe seiner Eigenschaft als Specialdirector derselben, angenommen worden ist. Nun bestimmt aber der hier einschlagende Art. 95 der ADWO.:

„Wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Andern unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt gewesen wäre. Dasselbe gilt von Vormündern und andern Vertretern, welche mit Ueberschreitung ihrer Befugnisse Wechselerklärungen ausstellen."

So viele Zweifel auch sonst über die Interpretation dieses Artikels, mit welchem §. 789 des BGB.'s nur in der Sache, nicht in den Worten übereinstimmt, bestehen mögen,

Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, Bd. XVI, S. 140 flg.
Annalen, Bd. III, S. 412 und N. F. Bd. I, S. 258 flg.
Hagen, ADWO. S. 115,

soviel beruht außer Zweifel, daß aus Wechseln, welche von freiwilligen oder gesetzlichen Vertretern Namens der Vertretenen unterschrieben worden sind, nur entweder wider den unterschriebenen Vertreter (wenn dieser keine Vollmacht gehabt oder seine Vollmacht überschritten hat) oder wider den Vertretenen (wenn die Legitimation des Vertreters in Ordnung gewesen ist) geklagt werden kann. Dagegen ist der nach dem Civilrechte denkbare dritte Fall, daß wider den Vertreter auf Bezahlung des Wechsels aus dem Vermögen des Vertretenen geklagt werden könnte, ausgeschlossen, weil, wie im Commentar zum BGB. ed. II, Bd. II, S. 318 gezeigt wird, eine solche Klage von Voraussetzungen abhängt, für deren Nachweis, wenigstens in dem Wechselprozesse kein Platz ist.

Wenn nun aber dessen ungeachtet in dem Bescheide weder G., welcher den Wechsel als sogenannter Specialdirector acceptirt hatte, für seine Person, noch die Ö.'er Bergbaugesellschaft verurtheilt, sondern nur dahin erkannt wurde, daß G. in seiner Eigenschaft als Vertreter der gedachten Gesellschaft aus dem Vermögen der letzteren zu zahlen verbunden wäre, so nahm die Ö.'er Bergbaugesellschaft gar nicht die Stelle der verurtheilten Partei ein, und es konnte namentlich, da durch den Bescheid selbstverständlich über das Ver=

hältniß G.'s zu der Gesellschaft nicht erkannt wurde, von dem Eintritte einer Rechtskraft wider dieselbe keine Rede sein. Während nun aber unter diesen Verhältnissen die von der O.'er Bergbaugesellschaft eingewendete Appellation für unstatthaft zu betrachten gewesen wäre, hat die zweite Instanz in ihrem Urthel die O.'er Bergbaugesellschaft als Beklagte aufgeführt und den Bescheid bestätigt, auch in den Rationen auszuführen gesucht, daß die Gesellschaft durch die Acceptation des Wechsels von Seiten G.'s und durch die Erklärungen desselben G. in dem Wechselverhöre verpflichtet worden sei.

Man kann dahin gestellt sein lassen, ob das Urthel der zweiten Instanz mit Rücksicht auf diese eigenthümliche Gestaltung des Parteiverhältnisses überhaupt einen Erfolg haben könnte, indem insbesondere gegen die künftige Execution sich das Bedenken ergeben müßte, daß zwar die O.'er Bergbaugesellschaft als Beklagte aufgeführt, dessen ungeachtet aber der Bescheid Bl., nach welchem nicht sie, sondern G. in seiner Eigenschaft als ihr Vertreter aus ihrem Vermögen bezahlen soll, bestätigt worden ist. In jedem Falle hat die O.'er Bergbaugesellschaft ein wesentliches Interesse daran, daß nicht durch das zweite Urthel das Mißverständniß veranlaßt wird, als ob aus dem Bescheide Bl. die Execution wider sie gesucht werden könne, oder wenigstens über ihr Verhältniß zu G.'n erkannt worden sei. Insoweit war daher die von der O.'er Bergbaugesellschaft eingewendete Appellation für begründet anzusehen.

21.

Auf Klägers Antrag kann im Wechselprozeß das Gericht, wenn schon das Verhör bereits zu einem Bescheide geführt, den Beklagter mittelst Appellation wegen Formfehlern im Verhör angefochten, ohne Berichterstattung zu einem neuen Verhör und neuer Bescheidsertheilung verschreiten.

II. Sen.-Erk. vom 8. Febr. 1870 no. 58/15.

Beklagter bezweckte durch die von ihm früher eingewendete Appellation eine Cassation des ersten Bescheides und des demselben vorausgegangenen Verfahrens herbeizuführen. Gab nun Kläger,

indem er erklärte, er habe sich überzeugt, daß der gedachte Bescheid cassirt werden müsse, und dabei gleichzeitig den Antrag auf Abhaltung eines nochmaligen Wechselverhörs stellte, zweifellos zu erkennen, wie er damit einverstanden sei, daß diesem Bescheide keine weitere Folge gegeben und auf die Ergebnisse des früheren Verhörs kein Gewicht gelegt werde, so hatte Beklagter hierdurch bereits Alles erreicht, was er durch das von ihm ergriffene Rechtsmittel im günstigsten Falle überhaupt hätte erlangen können, dergestalt daß das letztere eigentlich gegenstandslos geworden war. Es involvirte daher keineswegs eine Nichtigkeit, wenn das Prozeßgericht die Berichtserstattung auf dieses Rechtsmittel unterließ, statt dessen vielmehr dem Antrage Klägers gemäß sofort ein nochmaliges Verhör abhielt und darauf anderweit in erster Instanz erkannte.

Civilrecht.

18.

Ueber die Klage auf Vertragserfüllung — §. 761 des BGB.'s.

II. Sen.-Erk. vom 7. Febr. 1871 no. 69/53.

Die Verschiedenheit der beiden vorigen Erkenntnisse in der Sache selbst beruht im Wesentlichen darauf, daß die erste Instanz die Klage in Beziehung auf die darin geforderten 5325 Thaler und 75 Thaler auf Grund der Vorschrift des zweiten Satzes des §. 761 des BGB.'s aufrecht erhalten zu können glaubt, die zweite Instanz dagegen nur das im ersten Satze des angegebenen Paragraphen aufgestellte Princip für anwendbar angesehen hat. In der gegenwärtigen Instanz ist man, ohne die in der Sache liegenden Zweifel zu verkennen, nach sorgfältiger Berathung aus nachstehenden Gründen auf die Ansicht der ersten Instanz zurückgegangen.

1) Der §. 761 des BGB.'s hat den Zweck, verschiedene Zweifel, welche in dem sogenannten materiellen Prozeßrechte bestanden, zu entscheiden. Man stritt nämlich fort und fort über folgende zwei Fragen:

a) ob der Gläubiger bei allen Obligationen, ohne Unterschied,

ob sie in einem Geben (in dando) oder in einem Thun oder Nichtthun (in faciendo oder in einem non faciendo) beständen, die Klage auf die Leistung selbst (auf sogenannte Naturalerfüllung) zu richten berechtigt wäre, oder ob er dieses Recht nur bei den sogenannten obligationibus in dando hätte, dagegen bei den sogenannten obligationibus in faciendo oder in non faciendo das Interesse (Schadenersatz) fordern müßte,

b) ob derselbe immer nur auf Naturalerfüllung klagen müßte, nicht auf das Interesse (Schadenersatz) klagen könnte.

Beide Fragen, bei deren Beantwortung noch überdies die Interpretation der l. unic. Cod. de sentent. quae pro eo quod interest prof. große Schwierigkeiten machte, hatten auf den wichtigen Unterschied Bezug, welcher zwischen dem römischen und deutschen Prozesse insofern besteht, als nach jenem das condemnatorische Erkenntniß bei allen persönlichen Klagen (actiones in personam) nur auf eine bestimmte Geldsumme lauten konnte (sogenannte pecuniaria condemnatio),

Siebenhaar, Correalobligationen S. 221 flg. not. 2,

nach diesem dagegen die Schätzung der geschuldeten Leistung (aestimatio) nicht, wenigstens nicht unbedingt, in den Prozeß gehört, sondern in das Executionsverfahren verwiesen ist.

Das BGB. hat die Frage

zu a.

bejaht, indem es im ersten Satze des §. 761 ausgesprochen hat, daß die Klage auf Erfüllung einer Forderung auf den eigentlichen Gegenstand der Forderung selbst dann geht, wenn es sich um eine persönliche, in einem Thun bestehende Leistung handelt. Zur Erläuterung dieses Satzes ist jedoch noch Folgendes beizufügen:

aa) der Kläger ist nicht verbunden, in der Klage anzugeben, daß er an der geschuldeten Leistung ein Interesse hat und wie hoch sich dasselbe beläuft; er kann die Verurtheilung des Schuldners in die Leistung (sofern sie nur überhaupt eine vermögensrechtliche Schätzung zuläßt, fordern und braucht sich die Abschätzung seines Interesses erst dann gefallen zu lassen, wenn die Execution wegen der Leistung erfolglos geblieben ist. Daß es sogar Fälle giebt, in welchen die Verurtheilung des Beklagten in die Leistung

dem Kläger lediglich eine Unterlage für die Ausführung seines Interesses gewährt, mag nur erwähnt werden, um daran die Bemerkung zu knüpfen, daß dies keine Ausnahmen von der im ersten Satze des §. 761 des BGB.'s aufgestellten Regel sind. Man kann darüber streiten, ob die Vorschrift des angegebenen Paragraphen des BGB.'s, von einem höhern Gesichtspuncte aus betrachtet, ganz zweckmäßig sei. Aber so lange, als in unserm Prozesse die strenge Scheidung zwischen dem Urtheile und dem Hülfsverfahren besteht, mit anderen Worten, so lange als die sogenannte condemnatio pecuniaria des römischen Prozesses für eine antiquirte Subtilität angesehen wird, läßt sich daran Etwas nicht ändern, soll nicht die Harmonie zwischen dem materiellen Rechte und dem Prozesse gestört werden, und ersteres Vorschriften geben, für welche es in dem letzteren an den erforderlichen Formen für die Geltendmachung der Rechte fehlt.

bb) Wie bereits im

Commentar ed. II, Bd. II, S. 71

bemerkt wird, giebt es nach dem BGB. eine Menge von Rechtsverhältnissen, in welchen principal auf Schadenersatz geklagt werden kann, z. B. bei den sämmtlichen Delictobligationen, bei dem Kaufe in den Fällen der §§. 1109, 1124, 1132, 1134, bei dem Pacht- und Mieth-Vertrage, bei dem Verdingungsvertrage in den Fällen der §§. 1192, 1220, 1243 Satz 2, bei der Gebrauchsleihe (commodatum) nach §. 1177 u. s. w. Bei allen diesen Obligationen bildet der „Schadenersatz" den eigentlichen Gegenstand der Forderung und es tritt also die Regel des §. 761 ein, daß auf Schadenersatz geklagt werden kann und, wenigstens in der Regel auch, geklagt werden muß.

cc) Vor dem BGB. hatte sich die Praxis gebildet, daß, wenn von dem Käufer auf Erfüllung eines Kaufes über ein Grundstück geklagt worden war und vor der rechtskräftigen Entscheidung actenkundig gemacht wurde, daß der Verkäufer nicht mehr im Grund- und Hypothekenbuche eingetragener Eigenthümer des verkauften Grundstückes wäre und zwar ohne Unterschied, ob er das Eigenthum mit seinem Willen, z. B. durch Veräußerung an einen Dritten, oder ohne seinen Willen, z. B. durch Zwangsversteigerung, verloren hätte, die Klage auf Erfüllung des Kaufes für erledigt anzusehen und der

Kläger zur Ausführung seiner Schäden zu verweisen wäre. Diese Praxis, welche den Kläger in seinem wohlerworbenen Rechte beeinträchtigte, entbehrte jeden rechtlichen Fundamentes, weil dem Verkäufer die Erfüllung des Kaufes unter den angegebenen Voraussetzungen zwar schwierig sein kann, nicht aber unmöglich geworden ist, weil ferner, wenn man selbst annähme, es wäre dem Verkäufer in den erwähnten Fällen unmöglich, dem Käufer das Eigenthum an dem verkauften Grundstücke zu verschaffen, dies an der Obligation desselben insofern Etwas nicht ändern könnte, als der Käufer nach wie vor das Recht hätte, von dem Verkäufer die Erfüllung des Kaufes und noch außerdem Schadenersatz zu fordern (§. 721 des BGB.'s), weil endlich die gedachte Praxis zu dem sonderbaren Ergebnisse führte, daß sich der Verkäufer durch seine eigne Handlung eine peremtorische Einrede wider die an sich begründete Klage des Käufers verschaffen und mit der Behauptung, er habe dem Kaufvertrage entgegen gehandelt, als mit einer neuentstandenen Einrede, bis zur definitiven Entscheidung des Prozesses hervortreten konnte. Diese Praxis konnte von dem BGB. nicht anerkannt werden und wenn man in der neueren Zeit das Abgehen von derselben durch eine Berufung auf den §. 761 des BGB.'s zu rechtfertigen gesucht hat, so liegt der Grund davon nicht etwa darin, daß der angegebene Paragraph die ältere Praxis ausdrücklich gemißbilligt hätte, sondern vielmehr darin, daß das BGB. einen allgemeinen Grundsatz aufgestellt hat, aus welchem sich die Unrichtigkeit der Praxis ohne Weiteres ergiebt.

Soviel weiter die

zu b.

angegebene Frage betrifft, so stellte der erste Satz des §. 761 des BGB.'s die Regel auf, daß der Gläubiger die vertragsmäßige Leistung zu fordern hat, also nicht willkührlich von dem Vertrage abgehen, statt der geschuldeten Leistung eine andere und ohne die geschuldete Leistung oder neben dieser das Interesse verlangen kann. Eine Ausnahme hiervon tritt nur ein, wenn, wie im zweiten Satze des §. 761 des BGB.'s gesagt wird, die Voraussetzungen von Schadenersatzansprüchen (Schaden ist nach dem BGB. sowohl der Schaden im engeren Sinne — damnum emergens und lucrum

cessans — d. h. die Verminderung des Vermögens durch Vernichtung oder Verschlechterung einer Sache, als auch das Interesse, d. h. der vermögensrechtliche Unterschied zwischen der geschuldeten und der wirklich bewirkten obligatorischen Leistung) vorhanden sind. Voraussetzungen von Schadenersatzansprüchen oder, mit anderen Worten, Gründe für die Schadenersatzverbindlichkeit bei Obligationen sind Verzug (mora) und Verschuldung (dolus und culpa), wie im §. 740, im ersten Satze des §. 721 und im §. 1009 des BGB.'s ausdrücklich gesagt wird. Zum richtigen Verständnisse des Vorstehenden werden jedoch noch folgende Bemerkungen dienen:

aa) Hat der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung durch seine Verschuldung herbeigeführt, so hat er dem Gläubiger soviel zu ersetzen, als dieser gehabt hätte, wenn ihm das Geschuldete geleistet worden wäre. Hat er die geschuldete Leistung nur theilweise unmöglich gemacht, so hat er nur soviel zu ersetzen, als die Leistung, wie sie bewirkt wird, im Verhältnisse zu der Leistung, wie sie geschuldet worden ist, für den Gläubiger weniger Werth hat, ausgenommen wenn die Leistung wie sie noch bewirkt werden kann, für den Gläubiger völlig werthlos geworden ist, welchen Falls der Gläubiger ebenso wie bei der gänzlichen Unmöglichkeit der Leistung vollen Schadenersatz fordern kann. Diese Ausnahme ist nicht eine Ausnahme von dem Principe, daß der Schuldner nur insoweit Schadenersatz zu leisten hat, als ihn eine Verschuldung trifft, sondern eine in der besonderen Beschaffenheit der geschuldeten Leistung begründete Ausnahme von der Regel, daß die Leistung, wie sie nach der Verschuldung des Schuldners noch möglich ist, für den Gläubiger noch einen, wenn auch geringeren Werth haben wird. Im §. 721 des BGB.'s wird, um dieser auf die Modalität der Schätzung Bezug habenden factischen Frage nicht vorzugreifen, nur gesagt, es bestehe die Obligation des Schuldners im Falle einer Verschuldung desselben fort und es könne der Gläubiger Schadenersatz fordern.

Aehnlich verhält es sich mit dem Verzuge des Schuldners. In der Regel wird der Gläubiger durch die nachträgliche Leistung und durch den Schadenersatz wegen des Verzuges, insbesondere durch die Zinsen und die sonstigen Nebenleistungen, voll entschädigt werden

können. Es ist aber auch denkbar, daß die nachträgliche Leistung für den Gläubiger gar keinen Nutzen mehr haben und seiner Forderung nur durch die Leistung des Interesses (Schadenersatz) genügt werden kann, z. B. in dem Falle des §. 741 des BGB.'s, ingleichen wenn die vereinbarte Zeit der Leistung wesentlich ist, oder wenn es sich um Dienste oder andere in einem Thun bestehende Leistungen handelt. (§§. 865, 1192, 1233, 1243 Satz 2.)

bb) Wenn man die Fälle, in welchen der Gläubiger nach dem soeben Bemerkten die Annahme der Leistung ablehnen und vollen Schadenersatz fordern kann, für solche Fälle ansieht, in welchen derselbe von dem Vertrage zurücktreten, oder den Vertrag für nicht geschlossen erklären und Schadenersatz fordern kann, so ist dies eine unrichtige und unlogische Vorstellung. Denn der Gläubiger verlangt, wenn er sich durch die vertragswidrige oder nachträgliche Leistung nicht zufrieden stellen lassen, sondern volle Entschädigung haben will, Erfüllung seiner Forderung. Träte er von dem Vertrage zurück, oder erklärte er, den Vertrag für nicht geschlossen ansehen zu wollen, so könnte ihn dies zwar möglicher Weise gegen die etwaigen Gegenansprüche des Schuldners schützen, ihm aber nicht das Recht geben, Schadenersatz zu fordern, weil der Schuldner seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt hat.

cc) Wie aus dem oben zu a Gesagten hervorgeht, hat der Gläubiger in den zu b. angegebenen Fällen das Recht, neben der geschuldeten Leistung Schadenersatz oder letzteren ohne die erstere zu fordern, nicht die Verbindlichkeit, sein Klaggesuch hierauf zu richten, oder wenn er bereits die Klage angestellt hat, sein Klaggesuch zu ändern. Der Schuldner kann daraus, daß er die geschuldete Leistung ganz oder theilweise unmöglich gemacht hat, eine Exception wider die Klage auf die Leistung nicht ableiten, seine Verschuldung mag vor oder nach der Anstellung der Klage liegen. Hieraus ergiebt sich auch, daß die Behauptung des Beklagten, der geschuldete Gegenstand sei während des Processes untergegangen, als eine neu entstandene Exception nur dann berücksichtigt werden kann, wenn der Beklagte darauf Bezug zu nehmen vermag, es sei der geschuldete Gegenstand ohne seine Verschuldung untergegangen. Einige andere hier einschlagende Fragen, z. B. ob der Gläubiger, wenn er

auf Erfüllung der Forderung geklagt hat und der Schuldner behauptet, es sei die geschuldete Species untergegangen, ohne sich darauf zu beziehen, daß der Untergang ein nicht von ihm zu vertretender zufälliger gewesen sei, verlangen könne, daß er ohne Weiteres zu dem Beweise seiner Schäden zugelassen werde, ingleichen, inwieweit die oben aufgestellte Regel, insbesondere bei dem Verzuge, durch die Vorschriften der §§. 146, 675, 754, 971, 986 eine Modification erleidet, können hier dahin gestellt bleiben.

2) Soviel den vorliegenden Rechtsstreit betrifft, so hat die erste Instanz in ihren Entscheidungsgründen die Thatsachen, über welche die Parteien einverstanden sind, den Acten gemäß übersichtlich zusammengestellt, und indem man diese zweckmäßige übersichtliche Zusammenstellung der nachstehenden rechtlichen Beurtheilung zu Grunde legt, erwähnt man nur, daß die Klage insoweit, als darin auch eine Conventionalstrafe von 2000 Thaler gefordert worden war, rechtskräftig in der angebrachten Maße abgewiesen worden ist und es sich gegenwärtig nur noch um die von dem Kläger verlangte Restitution der dem Beklagten bezahlten Kaufgelder an 5325 Thaler und 75 Thaler sammt Zinsen des Verzugs von Zeit der erhobenen Klage an gerechnet handelt.

Für die materielle Beurtheilung hält das OAG. den Umstand für entscheidend, daß der Beklagte das verkaufte Grundstück dem Kläger übergeben, jedoch seiner Verbindlichkeit, dafür zu sorgen, daß der Kläger in dem Besitze des Grundstücks verbleibe, nicht Genüge geleistet hat, weil das Grundstück, an welchem er, der Beklagte, das sogenannte bürgerliche Eigenthum noch gar nicht erlangt hatte, auf Antrag eines Hypothekengläubigers am 30. Nov. 1868 zur öffentlichen Versteigerung gekommen ist und der Kläger dem stärkeren Eigenthumsrechte des Erstehers hat weichen und seinen Besitz hat aufgeben müssen. Durch die (außergerichtliche) Uebergabe des erkauften Grundstücks nämlich, welche nach dem Kauf zwar gleichzeitig mit der Zahlung der zur Erfüllung der baaren Kaufsumme erforderlichen 75 Thaler erfolgen sollte, nicht aber von dieser abhängig gemacht worden war, wurde die dem Beklagten, als Verkäufern, obliegende gesetzliche Verbindlichkeit, dem Kläger das sogenannte bürgerliche Eigenthum an dem Grundstücke zu verschaffen (man vergl.

§. 1089 des BGB.'s), nicht blos eine unbedingte, von einer Gegenleistung des Klägers unabhängige, sondern sie erlangte auch in dem Verhältnisse der Parteien nach einer doppelten Richtung hin eine rechtliche Bedeutung, einmal insofern, als der Beklagte eine aus dem Verkaufe des Grundstücks hervorgehende (positive) Verbindlichkeit zu erfüllen hatte, das andere Mal insofern, als derselbe wenigstens dafür haftete, daß der Kläger nicht den Besitz des erkauften und übergeben erhaltenen Grundstücks dem stärkeren Rechte eines Andern gegenüber aufgeben mußte.

Nach beiden Richtungen trifft den Beklagten der Vorwurf der Verschuldung. Anlangend die angegebene erste Verbindlichkeit, Alles zu thun, was geschehen mußte, damit die Eintragung des Klägers, als Eigenthümers des Grundstücks, im Grund- und Hypothekenbuche erfolgen konnte, so behauptet zwar der Beklagte, daß er seinen Verpflichtungen als Verkäufer Genüge geleistet, der Kläger aber den Voraussetzungen, unter welchen seine Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche hätte erfolgen können, nicht entsprochen habe. Aber dem steht die von dem Beklagten zugestandene Thatsache entgegen, daß das Grundstück, bevor der Kläger als Eigenthümer desselben eingetragen worden ist, wegen einer Hypothek, welche bereits zur Zeit der Schließung des Kaufvertrags darauf gehaftet hat, zur nothwendigen Versteigerung gekommen ist. Wie nämlich im §. 1089 des BGB.'s gesagt wird, hat der Verkäufer eines Grundstücks für die Eintragung des Käufers in das Grund-, und Hypothekenbuch, als einen Erfolg, einzustehen; tritt dieser Erfolg nicht ein, so hat er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt; zwar wird er, wenn das Grundstück vor der Eintragung des Käufers subhastirt wird, gegen den Anspruch des Käufers auf Schadloshaltung mit der Behauptung, daß dieser die Subhastation verschuldet habe, zu hören sein, aber ist die Subhastation wegen einer Hypothek, welche bereits beim Kaufabschlusse auf dem Grundstücke haftete, erfolgt, so liegt eben so viel vor, daß der Käufer wegen einer Verschuldung des Verkäufers nicht als Eigenthümer hat eingetragen werden können. Noch unzweifelhafter ist die Verschuldung des Beklagten bei der oben angegebenen zweiten Verbindlichkeit, dem Kläger das sogenannte habere licere zu gewährleisten. Der Beklagte hat gegen diesen Klaggrund

nicht einmal Etwas gesagt, und es liegen daher Bedenken wider die Statthaftigkeit der Klage aus diesem Gesichtspunkte gar nicht vor.

Nach dem bisher Gesagten beruht außer Zweifel, daß der Beklagte, als Verkäufer, die ihm dem Kläger, als Käufer, gegenüber obliegenden Verbindlichkeiten aus Verschuldung nicht erfüllt hat. Ob der Kläger bei dieser Lage der Sache noch einfach auf Erfüllung des Kaufes hätte klagen können, kann bezweifelt werden, weil, soviel wenigstens die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Uebertragung des Besitzes des Grundstücks (§. 1089 des BGB.'s) anlangt, der Beklagte dieser Verbindlichkeit bereits genügt hatte und es sich insoweit nur noch um den Schutz des Klägers in seinem Besitze gegen Rechte, welche stärker wären, als die des Beklagten, sogenannte Haftung für das habere licere (§. 1092 des BGB.'s), handeln konnte. Aber, welche Ansicht man auch hierüber haben mag, in jedem Falle hat der Beklagte nicht das Recht, zu verlangen, daß die Klage auf Erfüllung des Kaufes gerichtet werde. Die Gründe, welche hierfür geltend gemacht werden, haben bereits in dem oben zu 1 Gesagten ihre Widerlegung gefunden. Der Beklagte tritt aber auch noch überdies insofern mit sich selbst in Widerspruch, als er behauptet, es habe der Kläger nur auf Verschaffung des sogenannten bürgerlichen Eigenthums an dem Grundstücke klagen sollen, dessenungeachtet aber nirgends darauf Bezug nimmt, daß er dem Kläger das bürgerliche Eigenthum an dem Grundstücke noch verschaffen könne oder wolle. Denn hiernach würde die Klage auf Erfüllung des Kaufes eine bloße Form sein, welche der Kläger erfüllen müßte, um zu seinem Rechte, wie es nach der Lage de Sache wirklich besteht, nach einem vergeblichen Zeit- und Kostenaufwande zu gelangen.

Ist die Klage nach den darin angeführten und von dem Beklagten zugestandenen Thatsachen als sogenannte Schädenklage allerdings begründet, so entsteht die weitere Frage, ob die Verbindlichkeit des Beklagten, die durch die verschuldete Nichterfüllung des Kaufes entstandenen Schäden dem Kläger zu ersetzen, auch die Rückgabe der bezahlten Kaufgelder, welche, nachdem die Klage im Uebrigen rechtskräftig in der angebrachten Maße abgewiesen worden ist, nur noch allein lite in sind, ohne Weiteres in sich schließt. Der

Zweifel, welcher sich in dieser Hinsicht gegen die Klage erheben läßt, ist der, daß man, nicht ohne einen gewissen Anschein des Rechts, die Folgerung aufstellen könnte, es sei der Beklagte wegen seiner vertragswidrigen Nichterfüllung des Kaufvertrages zum Schadenersatz verpflichtet, der Kläger habe den Beweis seiner Schäden zu führen, der geschlossene Kauf sei zwar der Grund für die Entschädigungspflicht des Beklagten, bilde aber in seinen auf den Kaufpreis bezüglichen Theilen nicht die Grundlage für die Quantificirung der Schäden, es könne der Schaden des Klägers mehr, aber auch weniger betragen, als der Kaufpreis, welchen er für das gekaufte Grundstück versprochen oder bezahlt habe. Das OAG. hat jedoch diese Schlußfolgerung, welche der Beklagte nicht einmal für sich geltend gemacht hat, aus nachstehenden Gründen nicht für richtig angesehen.

In dem Begriffe des Kaufes liegt, daß sich der Werth der Sache und der Kaufpreis ausgleichen soll. Diese Ausgleichung vollzieht sich von selbst, wenn, was im Zweifel als beabsichtigt angenommen wird, Zug um Zug erfüllt wird. Anders gestaltet sich aber das Verhältniß, wenn entweder vereinbart wird, daß der eine Contrahent vor dem andern erfüllen soll, oder, ohne eine solche Vereinbarung, ein Contrahent vor dem andern erfüllt. In diesen Fällen erfüllt der Contrahent, welcher in der Erfüllung vorausgeht, in der aus den Verhältnissen zu entnehmenden stillschweigenden Voraussetzung, daß auch der andere Contrahent seinen Verbindlichkeiten nachkommt. Tritt diese Voraussetzung nicht ein, sei es, daß der andere Contrahent aus Verschuldung nicht erfüllen kann oder nicht erfüllen will, so ist die sogenannte condictio ob causam begründet und zwar in Beziehung auf dasjenige, was im Voraus in der Erwartung, daß der Vertrag auch von der anderen Seite werde erfüllt werden, geleistet worden ist (§§. 1534, 1536 bis 1538 des BGB.'s). Der §. 1535 des BGB.'s steht dem nicht entgegen, weil, wenn selbst der eine Contrahent sich zur Vorleistung verpflichtet hat, die Vorleistung zwar in Folge dieser Verpflichtung erfolgt, dessungeachtet aber es eine Vorleistung bleibt, welche mittelst der condictio ob causam datorum zurückgefordert werden kann, wenn das künftige Ereigniß, in dessen Erwartung sie geschehen ist, nicht eintritt. Die verbindliche Kraft des Kaufes, als eines sogenannten Consensualvertrags, zeigt sich

darin, daß nicht der eine Theil ohne die Einwilligung des anderen Theils von dem Vertrage abgehen kann. Aber dies gilt nur insoweit, als es sich um einen durch Consens perfect gewordenen Vertrag, vor seiner Erfüllung, handelt. Erfüllt der eine Contrahent vor dem andern, so liegt darin ein dare ob causam und es hat in diesem Falle die condictio ob causam unter den für sie geltenden sonstigen Voraussetzungen statt.

Für die vorstehende Meinung lassen sich auch die auf den vorliegenden Fall anwendbaren §§. 941 und 942 des BGB.'s anführen. Nach dem §. 941 nämlich soll bei der Entwährung (Eviction) der Schaden des Erwerbers nach dem Werthe berechnet werden, welchen die Sache zur Zeit ihrer Entwährung gehabt hat. Daß dies aber nur ein Recht des Erwerbers involvirt, namentlich aber dadurch die nach den Vorschriften über die condictio ob causam datorum begründete Rückforderung des für die entwährte Sache bezahlten Kaufpreises nicht ausgeschlossen wird, ergiebt sich aus dem §. 942 des BGB.'s, nach welchem der Erwerber, unter gewissen Voraussetzungen, selbst bei einer theilweisen Entwährung, Rescission des Veräußerungsvertrages nach den Vorschriften in §§. 911 bis 914 des BGB.'s verlangen kann.

3) Der Beklagte hat zwar zugestanden, daß er in dem mit dem Kläger geschlossenen Gutskaufe über den Empfang von 5325 Thalern quittirt habe, dessenungeachtet aber in der Anmerkung zu dem 11. Einlass.-Abschnitte unter Nr. 5 behauptet, daß ihm diese Summe von dem Kläger nicht baar bezahlt, sondern durch Abschreibung einer gleich hohen Summe auf die Kaufssumme, welche er dem Kläger für dessen in L. gelegenes Grundstück versprochen gehabt habe, gewährt worden sei. Mit diesem Anführen würde er nun allerdings zu hören sein, wenn darauf Etwas ankommen könnte, ob er die angegebene Summe durch baare Zahlung, oder durch Compensation erhalten hätte. Aber, wie die erste Instanz mit Recht bemerkt, erledigt sich diese Frage, weil der zwischen dem Beklagten, als Käufern, und dem Kläger, als Verkäufern, geschlossene Kauf laut des Recognitionsscheines, bereits am 28. August 1868 durch die Eintragung des Beklagten in das Grund- und Hypothekenbuch erfüllt worden ist und der Beklagte die Summe, über welcher er in

dem Kaufe quittirt, durch Innebehaltung einer gleich hohen Summe von der dem Kläger schuldigen Kaufssumme definitiv gewährt erhalten hat. Inwieweit dagegen, wie der Kläger anzudeuten scheint, die angegebene Behauptung des Beklagten sogar aus dem Gesichtspunkte einer zugestandenen ungerechtfertigten Bereicherung desselben zu einer Aufrechthaltung der gegenwärtigen Klage benutzt werden könne, bedarf hier keiner weiteren Untersuchung.

Civilprozeß und Concurs.

1.

Ueber die verschiedenen Gerichtsstände. – Fortdauernde Gültigkeit der Sächsisch-Preußischen Convention vom 30. November 1839.

II. Sen.-Erk. vom 19. Mai 1870 no. 308|308.

Da aus den eigenen Erklärungen des Klägers deutlich hervorgeht, daß das von ihm gewählte Gericht als forum domicilii für den gegenwärtigen Rechsstreit nicht zuständig sei, so kann es sich nur darum handeln, ob etwa bei dem Prozeßgerichte der Gerichtsstand des Contracts, oder der der gelegenen Sache, oder der des Arrests begründet erscheine, oder endlich, ob etwa der jetzige Prozeß als eine bloße Fortsetzung des nach den Beilagsacten unter Rep. II, Cap. V, Lit. M. Nr. 28 zwischen den Parteien früher stattgefundenen Rechtsstreits sich auffassen lasse.

Daß nun das Letztere nicht der Fall, stellt sich als völlig zweifellos dar.

Denn nach Bl. der Beilagsacten hat Kläger seine frühere Klage in dem auf solche anberaumt gewesenen Güte- und Rechtstermine zurückgenommen. Durch diese Zurücknahme gelangte der frühere Prozeß vollständig zur Erledigung und es erscheint daher der gegenwärtig angestrengte Rechtsstreit, wennschon er das nämliche Object, wie der frühere betrifft, nicht als eine Fortsetzung des früheren, weil etwas Beendigtes überhaupt nicht fortgesetzt werden kann, sondern als ein vollständig neuer.

Daß Kläger, anstatt seine frühere Klage zurückzunehmen, vielleicht mit einer bloßen mutatio libelli sich hätte begnügen können, vermag an der Sache etwas nicht zu ändern, weil eben Kläger eine Zurücknahme der Klage vorgezogen hat. Die Behauptung Klägers aber, es liege für die Wahl des Ger.=Amts im BG. F. zwischen ihm und Beklagtem ein stillschweigender Vertrag vor, entbehrt offenbar aller Begründung, indem Beklagter im jetzigen Rechtsstreite gleich im Güte= und Rechtstermine die exceptio fori vorgeschützt und bei Gelegenheit des, in dem früheren Prozesse abgehaltenen Güte= und Rechtstermins eine Erklärung überhaupt nicht abgegeben, auch zu Abgabe einer solchen, eben weil Kläger seine Klage zurückgenommen, an sich gar keine Veranlassung gehabt, übrigens die Erklärung Klägers in jenem Termine, er nehme die Klage zurück, um sie in veränderter Maße von Neuem anzustellen, nicht einmal dessen Absicht, die neue Klage vor dem nämlichen Gerichte zu erheben, erkennen lassen und schon deshalb das Schweigen Beklagtens dazu ohne jede Bedeutung sein müssen.

Hiernächst kann ebensowenig davon die Rede sein, daß das gewählte Prozeßgericht als forum rei sitae oder als forum arresti für die vorliegende Klage zuständig wäre, wie schon die vorige Instanz und zwar ohne daß Kläger gegen deren Gründe etwas vorzubringen vermocht hätte, nachgewiesen.

Anlangend endlich die Competenz des Prozeßgerichts als forum contractus, so will man zwar dahin gestellt sein lassen, ob der Ansicht der beiden vorigen Instanzen, wonach der Gerichtsstand des Vertrags durch die Voraussetzung bedingt sein soll, daß dem Beklagten im Bezirke desjenigen Gerichts, welches vermöge des abgeschlossenen Vertrags zuständig, die Klage unmittelbar behändigt werden könne, an sich und zumal in dieser Allgemeinheit beizustimmen sein würde.

Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XXVI, S. 261.
Allein, was den vorliegenden Fall betrifft, so erscheint, da Beklagter sein Domicil im Königreiche Preußen hat, die Uebereinkunft zwischen der Königl. Sächs. und der Königl. Preuß. Regierung vom 30. November 1839 maßgebend und diese bestimmt in Art. 28 allerdings, daß der Gerichtsstand des Contracts nur dann Anwen=

dung leide, wenn der Contrahent zur Zeit der Ladung in dem Gerichtsbezirke sich anwesend befinde, in welchem der Contract geschlossen worden, oder in Erfüllung gehen solle. Da nun der jetzige Beklagte zur Zeit der Ladung in G. wohnte und ihm solche nur durch Requisition behändigt werden können, so ist auch die Zuständigkeit des fori contractus nicht begründet.

Der Meinung Klägers, die angezogene Bestimmung der Convention vom 30. November 1839 habe nach Art. 3 der Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 16. April 1867 als aufgehoben zu gelten, läßt sich nicht ohne Weiteres beitreten. Denn, ganz zu geschweigen, daß später, nämlich unter dem 12. November 1868 zwischen der Königl. Sächs. und der Königl. Preuß. Regierung sogar noch eine Uebereinkunft wegen Ausdehnung jener Convention auf die im Jahre 1866 mit der Preußischen Monarchie vereinigten Landestheile getroffen worden ist,

Ges.- und Verordn.-Bl. v. J. 1868. Abth. II, S. 1363 flg.

so besagt auch §. 46 des Bundesgesetzes, die Gewährung der Rechtshülfe betr. vom 21. Juni 1869 ausdrücklich:

„Die zwischen einzelnen Bundesstaaten über Leistung der Rechtshülfe abgeschlossenen Verträge bleiben insoweit in Kraft, als sie mit gegenwärtigem Gesetze nicht im Widerspruche stehen,"

dagegen §. 39 des nämlichen Gesetzes nur soviel:

„Bei Anwendung der Civil- und Strafprozeßgesetze, welche Vorschriften zum Nachtheile der Ausländer enthalten, sowie der Gesetze, welche sich auf den Concurs über das Vermögen der Ausländer beziehen, ist jeder Norddeutsche als Inländer anzusehen."

Nach Alle dem war das angefochtene Urthel lediglich zu bestätigen.

2.

Die Ehefrau eines angesessenen Mannes muß als Klägerin Kostenvorstand bestellen.

II. Sen.-Erk. vom 25. Jan. 1870 no. 2/3.

Der Klägerin ist die Bestellung eines Kostenvorstandes aufzugeben gewesen, weil nach der Erl.PO. ad Tit. XIII. nur der Ehemann, als Nießbraucher des eheweiblichen Vermögens, von der

Pflicht zur Bestellung eines Kostenvorstandes befreit ist, wenn die Ehefrau ein Grundstück eigenthümlich besitzt, dies jedoch nicht umgekehrt von der Ehefrau gilt, wenn der Ehemann angesessen ist, indem vielmehr die Ehefrau, welche als Klägerin auftritt, Caution bestellen muß, selbst wenn ihr Ehemann angesessen ist, sofern dieser nicht etwa, was hier nicht vorliegt, Bürgschaft für sie leistet.

3.

Ueber die Insinuation durch Anschlag an der Stubenthür der Wohnung des Beklagten. — Erl.PO. ad Tit. IV, §. 2*).

II. Sen.-Erk. vom 9. Juni 1870 no. 339/297.

Wie der Behändigungsschein Bl. besagt, ist diese Ladung am 24. Mai 1869 in Beklagtens Abwesenheit an die Thüre seiner Wohnstube im Beisein zweier zugezogener Zeugen angeschlagen worden. Bei der in Gemäßheit der interlocutorischen Verfügung der zweiten Instanz Bl. stattgefundenen näheren Befragung hat der mit der Behändigung der Ladung beauftragte Gerichtsbote referirt, daß unter der eben gedachten Wohnstube des Beklagten diejenige Localität zu verstehen sei, welche die Postillone in der Posthalterei zu M. gemeinschaftlich bewohnen und in welcher zur Zeit der Affixion der Vorladung auch der zu diesen Postillonen gehörige Beklagte regelmäßig sich aufgehalten habe. Nun beruht jedoch die letztere Angabe des Gerichtsboten den neuerlichen Erhebungen zufolge auf einer irrthümlichen factischen Voraussetzung. Inhalts des Bl. von dem Beklagten angezogenen, den Acten beiliegenden Trauscheines unter X ist der Beklagte bereits seit dem 16. April 1869 verheirathet, und wenn hiernach schon an sich die Vermuthung dafür streitet, daß derselbe am 24. Mai 1869, dem Tag der Klagbehändigung, nicht weiter eine bleibende Wohnung in dem bezeichneten Locale der Posthalterei zu M. innegehabt, so ist diese Vermuthung

*) Ueber die fortdauernde Gültigkeit dieser Bestimmung, neben den Details der Verordn. vom 13. März 1867 §. III, vergl. Justiz-Min.-Verordn. vom 20. Mai 1867, Just.-Min.-Blatt II. Jahrg. St. 8, auch: die das Privatrecht 2c. angehenden Gesetze 2c., Roßberg'sche Buchh. 1868 Bd. I, S. 37.

nunmehr durch die Bl. flg. angestellten Erörterungen jedenfalls zu ausreichender Gewißheit erhoben worden; denn nach den mit den Auslassungen der eigenen Ehefrau des Beklagten übereinstimmenden Anzeigen des Gemeindevorstandes zu G., sowie des Dienstherren des Beklagten, des Posthalters zu M. hat der Beklagte am 16. April 1869, dem Tage seiner Verehelichung, die seitherige Wohnung in dem Posthaltereigebäude zu M., verlassen, mit seiner Ehefrau eine selbstständige Wohnung in dem Orte G. bezogen und in dieser neuen Wohnung, soweit nicht durch sein Dienstverhältniß als Postillon eine Entfernung geboten gewesen, wesentlich sich aufgehalten. Es steht somit genügend fest, daß zur Zeit der Affixion der Ladung an die Thüre der oben erwähnten Localität die letztere nicht mehr als die eigentliche Wohnung des Beklagten gelten konnte, und unter so bewandten Umständen läßt sich in dieser Affixion, da solche auf Grund der Erl.PO. ad Tit. IV, §. 2 an die „Stuben- oder Hausthür" der vorgeladenen Person zu erfolgen hatte, ein rechtlich wirksamer Behändigungsact nicht erblicken.

Dem Verlangen des Beklagten gemäß hat man daher so, wie geschehen, dahin Anordnung zu treffen, daß auf die vorliegende Klage anderweit die Gebühr Rechtens verfügt und nach abgesetztem Verfahren nochmals in der Sache eine Entscheidung ertheilt, diese Entscheidung auch auf die bisher in erster Instanz entstandenen Kosten mit erstreckt werde.

4.

Uebergang der an sich eine geringfügige Zinsforderung betreffenden Klage in die causa ardua in Folge Verneinung der Hauptverbindlichkeit.

II. Sen.-Erk. vom 27. Jan. 1870 no. 49/5.

Allerdings ist die Klage zunächst nur auf Bezahlung derjenigen Zinsen gerichtet, welche Beklagte von den Bl. erwähnten 800 Thalern auf die beiden Termine 2. März 1868 und 2. März 1869 in Rückstand gelassen haben sollen, und es betrug daher der Streitgegenstand, mit Rücksicht darauf, daß gedachte Zinsen an jedem der beiden Termine mit 40 Thalern zu entrichten waren und daß gegen

die drei Beklagten nur drei Viertheile dieser Zinsen geltend gemacht worden sind, von Anfang an nicht mehr als 60 Thaler.

Ging jedoch auch das gestellte Klaggesuch an sich nur auf Bezahlung dieser angeblich von den Beklagten in Rest gelassenen Zinsen, so enthielt die erhobene Klage doch gleichzeitig thatsächlich und eventuell einen Anspruch auf Anerkenntniß der Hauptverbindlichkeit, mithin derjenigen 600 Thaler nebst Zinsen, welche die drei Beklagten zu ihren Antheilen von den erwähnten 800 Thalern zu bezahlen schuldig sein sollen, und von dem Augenblicke ab, zu welchem Beklagte, wie sie in ihrer Klagbeantwortungsschrift gethan, jene Hauptverbindlichkeit und in Folge dessen zugleich ihre Verpflichtung zu Bezahlung der geklagten Zinsen in Abrede stellten, gewann der Streitgegenstand seinem Betrage und Umfange nach eine andere Bedeutung, und es konnte von da ab unter den hier vorliegenden Verhältnissen die Sache selbst nur noch im Wege des ordentlichen Prozesses fortgestellt werden.

Siegmann in den Annalen Bd. IV, S. 226 flg.

5.

Prüfung der Schlüssigkeit der Eidesklage in Bezug auf die Behauptung, daß ein Vergleich abgeschlossen worden.

II. Sen.-Erk. vom 2. Juni 1870 no. 361|346.

Es handelt sich bloß darum, ob der in der Klage behauptete Vergleich schlüssig vorgebracht sei, und in dieser Beziehung hat das OAG. nicht umhin gekonnt, der Ansicht der ersten Instanz vor der der zweiten den Vorzug zu geben.

Denn wenn es in der Klage heißt:

„Beklagter hat auch Klägerm ein Vergleichsquantum anfangs von 150 Thalern und später kurz vor seinem Wegzuge aus Klägers Gute von 200 Thalern geboten, welches letztere Kläger bestens acceptirt hat“

so bleibt hiernach schon von vornherein völlig im Dunkeln, welche nähere Bewandtniß es mit diesem angeblich offerirten Vergleichsquantum überhaupt gehabt, ob dasselbe namentlich wegen dessen,

was Beklagter nach dem unmittelbar vorher Bemerkten gethan haben soll, geboten worden, oder wofür sonst, so daß sich nicht einmal übersehen läßt, ob Kläger solches wirklich ohne Weiteres würde beanspruchen können, oder nur gegen eine Leistung von seiner Seite oder doch bloß unter gewissen sonstigen Voraussetzungen.

Hiernächst ist die behauptete Acceptation, ohne welche es eben bei einer bloßen Offerte, die selbstverständlich allein einen Anspruch für Klägern noch keineswegs begründen können, geblieben sein würde, für den gebrauchten Eidesantrag viel zu allgemein und unbestimmt vorgebracht.

Denn das Anführen Klägers läßt vollständig im Unklaren, ob die Acceptation der angeblich gemachten Offerte auch wirklich erklärt und zwar Beklagtem gegenüber erklärt worden, wie hätte geschehen müssen, wenn sie überhaupt Wirkung äußern sollte, oder ob dieselbe ein bloßes sogenanntes mente retentum geblieben. Auf diese Unklarheit ist aber um so mehr Gewicht zu legen, als es nach den Auslassungen Klägers Bl. fast den Anschein gewinnt, als suche er die Annahme in der Anstellung der Klage, gleichwohl darüber, daß die Klaganstellung die Acceptation eines Versprechens in der Regel keineswegs und jedenfalls dann nicht ersetzen können, wenn solche erst längere Zeit nach dem Versprechen erfolgt, oder gar — wie nach Bl. hier — der Versprechende inzwischen zu erkennen gegeben, daß er sein Versprechen widerrufe, wenigstens in der sächsischen Praxis heutzutage kaum noch ein Zweifel obwaltet.

Annalen des OAG. Bd. VII, S. 467 flg.

6.

Erledigung der Regel: negans non excipit etc. durch Zugeständnisse in der Appellationsinstanz.

II. Sen.-Erk. vom 14. Decbr. 1869 no. 814/856.

Beklagter hat in der Appellationsdeduction erklärt, daß er nach eingezogener Erkundigung als möglich zugebe, daß Klägers Cedent die bei dem 6. und 8. Klagpunkte erwähnten 130 Thlr. 23 Ngr. — und 8 Thlr. 7 Ngr. 8 Pf. ausgegeben habe. Zugleich erklärte er, außer Stande zu sein, die erkannten Delateide leisten zu können.

Dies enthält ein Zugeständniß des Beklagten zu Gunsten des Klägers, welches auch in dritter Instanz noch zu berücksichtigen ist.

Zugleich hat aber Beklagter unter Berufung auf die Rechtsentscheidung in der

Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XXI, S. 367 flg.

darauf angetragen, daß der Grundsatz, negans non excipit, jurejurando delato et acceptato, in dem vorliegenden Falle gegen ihn nicht weiter geltend gemacht, die poena infitiationis der Erl.PO. ad Tit. XVI, §. 3 nicht für anwendbar erklärt, er vielmehr nunmehr, nachdem er das gedachte Geständniß abgelegt habe, auch den Klagposten 6 und 8 gegenüber zum Beweise der von ihm vorgeschützten Ausflüchte gelassen werde.

Das OAG. hat auf Grund früherer von ihm ertheilter Rechtssprüche, abgedruckt in den

Annalen des OAG.'s A. F. Bd. III, S. 453 flg. vom 31. Jan. 1861 und N. F. Bd. VI, S. 55 flg. vom 9. März 1869,

diesem Antrage entsprechen zu müssen geglaubt. Vorerst betreffen die bei den Einlass.-Punkten 52 bis 59 und 73 bis 77 erwähnten Thatsachen solche Handlungen, bei denen Beklagter nicht unmittelbar concurrirte, die er also als fremde Handlungen nicht nothwendig wissen mußte, sondern auch mit Nichtwissen beantworten konnte.

Schon deshalb kann ihm nicht unbedingt ein frivoles Läugnen derselben zur Last gelegt werden, und es scheint deshalb der Eintritt der Strafe der Erl.PO. ad Tit. XVI, §. 3 in diesem Falle nicht geboten zu sein, vielmehr der in den obgedachten Erkenntnissen ausgesprochene Grundsatz Anwendung finden zu müssen.

In dem vorliegenden Falle hat nun zwar Beklagter die gedachten, fremden Thatsachen nicht ins Nichtwissen gestellt, sondern bestimmt verneint, auch hat er den angetragenen Eid nicht stillschweigend, sondern ausdrücklich angenommen. Allein diese Formalien dürften dennoch nicht von solcher Wichtigkeit sein, daß man deshalb so ohne Weiteres ein frivoles Läugnen als vorhanden und erwiesen annehmen könnte, und außerdem setzt die Erl.PO. eben gerade voraus, daß der Beklagte litem negative contestirt habe, und verstattet gleichwohl unter gewissen Voraussetzungen die Zulassung des Beklagten zum Beweise der Ausflüchte.

7.

Die Vorschriften in der Erl.P.O. ad Tit. V, §. 9 und ad Tit. VI, §. 1, welche für die besonderen Fälle der Abänderung bez. Zurücknahme einer Klage in Betreff der Pflicht zur Kostenerstattung Seiten des Klägers ertheilt worden sind, können als Ausnahmsbestimmungen auf andere Fälle nicht herüber gezogen werden.

II. Sen.=Erk. vom 20. Mai 1870 no. 292|315

[Der Satz wurde ausgesprochen in einem Falle, wo Beklagter nach Zurückweisung einer Executionsklage Einlassung auf die nunmehr gegen ihn angestellte Ordinarklage verweigerte.]

8.

Form der Entscheidung im Falle der Berücksichtigung der Einrede der Rechtshängigkeit.

II. Sen.=Erk. vom 17. Febr. 1870 no. 97/48.

Obschon der Ansicht der vorigen Instanz, daß Beklagtens Einrede der Rechtshängigkeit begründet sei, beizutreten war, so trug man doch Bedenken, das vorige Urthel insoweit, als darin der Klägerin Suchen für „in der angebrachten Maße" unstatthaft erklärt worden ist, zu bestätigen. Die Rechtshängigkeit der Sache kann nämlich nur die Folge haben, daß in dem vorliegenden Prozesse eine Entscheidung gar nicht zu geben ist, so lange nicht in dem Vorprozesse rechtskräftig erkannt worden ist. Dagegen involvirt die von der vorigen Instanz gebrauchte Abweisung formell eine materielle Entscheidung, weil darin liegt, daß die Klage in ihrer Fassung an einem Mangel leide, welchem zwar in einer andern Klage abgeholfen werden könne, welcher jedoch immerhin geeignet sei, den geklagten Anspruch für nicht gerechtfertigt zu halten.

Man hat daher für angemessen gehalten, durch eine andere Fassung auszudrücken, daß wegen der Rechtshängigkeit eine materielle Entscheidung gar nicht zu ertheilen sei. Wenn man diesen Ausspruch in der Form eines Erkenntnisses ertheilt hat, so ist dies

nur geschehen, weil die vorige Instanz diese Form gewählt hatte und deren Erkenntniß, soweit es zum Präjudize der Klägerin gereichen dürfte, nur auf diese Weise aus dem Wege geräumt werden konnte.

9.

Eine in der angebrachten Maße abgewiesene Klage kann nicht vom Beklagten als Unterlage einer Provocationsklage benutzt werden. — Bekanntm. des OAG.'s vom 30. October 1847.

II. Sen.-Erk. vom 1. Febr. 1870 no. 27|7.

Die bloße Abweisung einer Klage in der angebrachten Maße kann den Beklagten nicht berechtigen, den Kläger zu einer rechtlichen Ausführung seiner Forderung zu provociren, weil es unter diesen Verhältnissen, ohne den Hinzutritt besonderer Umstände, an allen Voraussetzungen einer Provocationsklage fehlt. Die erste Voraussetzung dieser Klage ist nämlich die Berühmung mit einem Anspruche. Wenn aber Jemand eine Klage anstellt, mit welcher er in der angebrachten Maße abgewiesen wird, so läßt sich nicht sagen, daß er sich eines Anspruches an den Beklagten berühme, indem er die Thatsachen, auf welche er seinen Anspruch an den Beklagten stützt, dem Richter zur Beurtheilung vorlegt, sich der richterlichen Entscheidung unterwirft und insoweit, als er die Anerkennung seines Anspruches von dem Ausgange des Prozesses abhängig macht, lediglich das Recht gebraucht, welches vermöge der Gesetze einem Jeden zusteht, der einen Anspruch an den Andern zu haben vermeint. Die zweite Voraussetzung der Provocationsklage besteht darin, daß derjenige, welcher sich eines Anspruches an den Andern berühmt, die Anstellung der Klage unterläßt, weil der Zweck der Provocationsklage eben dahin geht, daß er zu Anstellung der Klage, bei Vermeidung ewigen Stillschweigens angehalten werden soll. Auch diese Voraussetzung ist bei einem Kläger, welcher mit einer Klage in der angebrachten Maße abgewiesen worden ist, nicht vorhanden. Denn dieser hat seinen Anspruch bereits gerichtlich geltend gemacht, ist aber durch die ertheilten Erkenntnisse belehrt worden, daß er einen Anspruch auf

die in der Klage angeführten Thatsachen nicht gründen könne. Zu der Provocationsklage wird drittens erfordert, daß der Provocat sich eines Anspruchs im Allgemeinen, oder mit Beziehung auf Thatsachen berühmt, welche entweder nicht in Wahrheit beruhen, oder zur Begründung des behaupteten Anspruches nicht geeignet sind. Auch hieran fehlt es bei einem Kläger, welcher mit seiner Klage in der angebrachten Maße abgewiesen worden ist, weil er sich nicht im Allgemeinen, sondern auf Grund der in der Klage angeführten Thatsachen einen Anspruch zugeschrieben, auch die Beurtheilung der Wahrheit und des rechtlichen Einflusses dieser Thatsachen der richterlichen Entscheidung unterstellt hat.

Wenn die vorige Instanz zu Rechtfertigung ihrer Ansicht auf die Bekanntmachung des OAG.'s vom 30. October 1847 (Ges.- und Vdg.-Bl. v. J. 1848 S. 1) Bezug nimmt, so bedarf es zu Erledigung dieses Grundes nur eines Hinweises darauf, daß die gedachte Bekanntmachung den hier nicht vorliegenden Fall betrifft, wo eine Klage in Folge einer vorausgegangenen Provocationsklage angestellt, jedoch in der angebrachten Maße abgewiesen worden ist.

Der Provocat hat sich dahin ausgesprochen, „es sei bereits definitiv entschieden, daß er kein Klagrecht habe, er brauche daher auch auf ein solches nicht zu verzichten, obwohl er bereit sei, wenn etwas darauf ankäme, hiermit zu erklären, daß er auf jede Klage wider den Provocanten aus dem in Frage stehenden Kaufsabschlusse verzichte," und es könnte darnach den Anschein gewinnen, als ob er sich dem zweiten Urthel thatsächlich unterworfen habe. Indessen hat man Bedenken getragen, dies anzunehmen, weil der Provocat dadurch die Statthaftigkeit der Provocationsklage nicht anerkannt hat und daher, trotz der von ihm abgegebenen Erklärung, die Frage eine offene ist, ob er zum ewigen Stillschweigen und zur Erstattung der in dem Provocationsprozesse entstandenen Kosten zu verurtheilen sei.

10.

Appellabilität bei der actio familiae erciscundae.

II. Sen.-Erk. vom 11. Jan. 1870 no. 943|926 von 1869.

Wäre die Angabe der Kläger, es betrage der Bestand des Nachlasses mindestens 200 bis 250 Thaler, für die Frage der

sogenannten appellabeln Summe maßgebend, so würde die Appellation des Beklagten an die dritte Instanz nicht zulässig sein, weil die Kläger nur Anspruch auf die Hälfte des mütterlichen Nachlasses haben und daher das Klagobject, wenn es auch den Betrag der causa minuta überstiege, doch in jedem Falle nicht die für die Beschreitung der dritten Instanz erforderliche Summe erreichte. Indessen weist das oben ausgehobene Wort „mindestens" darauf hin, daß die Kläger den Bestand der Nachlaßmasse nur ohngefähr abgeschätzt, nicht ihr Klaggesuch auf die Theilung blos dieser Summe beschränkt haben. Allerdings wären die Kläger nicht behindert gewesen, unter den geeigneten Voraussetzungen, auch, bevor ein Erbtheilung stattgefunden hätte, Theilung einzelner zur gemeinschaftlichen Erbschaft gehöriger Gegenstände zu fordern. Aber die von ihnen angestellte Klage ist, wie sich namentlich aus dem Petitum ergiebt, eine sogenannte actio familiae erciscundae, mit welcher die Theilung einer Erbschaft als einer sogenannten universitas juris verlangt wird.

Commentar ed. II, Bd. III, S. 359 flg.

Dieselbe bezieht sich daher auch auf Sachen und Forderungen, von welchen die Kläger bei der Anstellung der Klage keine Kenntniß gehabt haben, und wollte man nun selbst darauf kein Gewicht legen, daß bei dem judicium familiae erciscundae, als einem judicium duplex,

Commentar ed. II, Bd. III, S. 359 flg. in Verbindung mit Bd. I, S. 332,

das Streitobject nicht nach den Antheilen der als Kläger aufgetretenen Communionsinteressenten, auch nicht, wenn wie hier, nur einzelne Miterben an dem Prozesse Theil nehmen, nach den Antheilen der Theilungsinteressenten, sondern nach der Theilungsmasse zu berechnen ist, so würde doch jedenfalls entscheidend sein, daß sich die Größe einer Erbschaft nur erst nach Ermittelung der dazu gehörigen Activen und Passiven berechnen läßt.

11.

Anwendung des Satzes, daß die Klage auf Anerkennung — BGB. §. 147 — nicht als Executivklage angestellt werden kann, im Falle eines Kaufs, den Kläger als Verkäufer nicht Zug um Zug zu erfüllen vermag.

II. Sen.-Erk. vom 24. Mai 1870 no. 344/326.

Mit Recht bemerkt die vorige Instanz, daß die vorliegende Klage als eine Klage auf Anerkennung des vom Beklagten mit dem nunmehr verstorbenen Ehemann der Klägerin, als dem damaligen Eigenthümer des Grundstücks fol. 11 des Grundbuchs für F., über einen Theil der dazu gehörigen Parzelle Nr. 117 des dasigen Flurbuchs geschlossenen Kaufvertrags, in welchen Klägerin als Besitznachfolgerin ihres Ehemannes eingetreten, anzusehen sei. Es fordert nämlich Klägerin nach Ausweis des Sachgesuchs vom Beklagten nur im Allgemeinen Erfüllung dieses Kaufs nach Maßgabe der Klagbeilagen A und C, d. i. des zwischen ihrem Ehemanne und Beklagtem geschlossenen Vertrags und des Protokolls, Inhalts dessen Beklagter nach Uebergang des Eigenthums am bezeichneten Grundstück auf Klägerin dieser gegenüber die Festhaltung am Kaufe unter einem von Klägerin zugestandenen Vorbehalt erklärt hat, nicht dagegen verlangt sie Verurtheilung des Beklagten in bestimmte, demselben nach dem Kaufe obliegende Leistungen, und aus der Klage sowie deren Beilagen ergiebt sich sogar, daß Klägerin selbst, wie auch vom Beklagten geltend gemacht wird, noch gar nicht in der Lage ist, ihrerseits demselben dasjenige zu gewähren, was sie nach dem Vertrage, wenn sie dessen thatsächliche Erfüllung von ihm fordern will, dem Beklagten Zug um Zug zu leisten verbunden ist. Denn aus der Klagbeilage D. ist zu entnehmen, daß der Abschreibung des an Beklagten verkauften Theilstücks von gedachtem folium zur Zeit noch wesentliche Hindernisse im Wege stehen, deren geschehene Beseitigung auch durch das der Klage unter E. beigefügte Zeugniß der Grund- und Hypothekenbehörde nicht genügend nachgewiesen wird, da dasselbe die Unterlagen, auf denen es beruht,

nicht deutlich erkennen läßt und im Grunde nur auf ein Urtheil über die formelle und materielle Beweiskraft der bei gedachter Behörde vorhandenen Aufzeichnungen hinauskommt, welches im Prozesse nur dem erkennenden Richter zusteht.

Siegmann in den Annalen Bd. III, S. 338 flg.

Aber auch selbst nach dem Inhalte dieses Zeugnisses ist das Dismembrationsverfahren in Betreff des an Beklagten veräußerten Theilstücks noch nicht beendigt, zur Zeit also Klägerin noch nicht im Stande, demselben das Eigenthum daran zu verschaffen (vergleiche §. 1089 des BGB.'s). Es läßt sich hiernach die Klage in der That nur aus dem Gesichtspuncte einer Klage auf Anerkennung der Verbindlichkeit des Beklagten zu Erfüllung des Kaufs auffassen. Nun ist zwar eine solche unter den vorliegenden Umständen nicht schlechthin für unzulässig zu achten, da Beklagter nach Klagbeilage D. und auch im vorliegenden Rechtsstreite wieder erklärt hat, daß er von dem Kaufe zurücktrete, und an Feststellung der fraglichen Verbindlichkeit desselben Klägerin schon insofern ein gegenwärtiges rechtliches Interesse haben kann, als von ihr behufs Realisirung des Kaufsgeschäfts noch mannigfache Vorkehrungen zu treffen sind, welche, falls Beklagter an den Kauf nicht gebunden wäre, ganz vergeblich sein würden (vergl. §. 147 des BGB.'s). Allein in dem von Klägerin gewählten Executivprozesse, welcher nur dazu bestimmt ist, einen durch Urkunden in Liquidität gesetzten Anspruch im Wege einer schleunigen Procedur provisorisch und vorbehältlich der Feststellung eines Andern im umständlicheren Ordinarprozeß, zur thatsächlichen Realisirung zu bringen, kann auf bloße Anerkennung einer Verbindlichkeit, wobei es nicht auf die Erlangung schleuniger Befriedigung des Klägers abgesehen und eine nur vorläufige Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses zwecklos ist, nach der vom OAG. constant befolgten Ansicht nicht geklagt werden.

Zeitschrift für Rechtspflp. 2c. N. F. Bd. XVII, S. 336.
Annalen Bd. III, S. 371. N. F. Bd. V, S. 522 flg.

Ueber die Erbfolge als Rechtsgrund zur Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch*).

Von Herrn Oberappellationsrath, Ritter ꝛc. **Siegmann.**

II. Bei Grundstücken.

Die Bestimmungen des Gesetzes vom 6. November 1843 §§. 2, 4:

„Das bürgerliche Eigenthum als dingliches Recht an Grundstücken wird nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt,"

„so lange diese Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch noch nicht erfolgt ist, besteht nur erst ein Rechtstitel zur Erlangung des bürgerlichen Eigenthums ꝛc.",

und die Vorschriften des BGB.'s §§. 276, 277:

„Eigenthum an Grundstücken wird durch Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erworben ꝛc., die Eintragung setzt einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung voraus."

„Einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung geben: auf Eigenthumsübertragung gerichtete Rechtsgeschäfte unter Lebenden, richterliche Entscheidung, Erbfolge, Vermächtniß und Anwartschaft,"

können auf den ersten Anblick zu der Ansicht führen, daß auch der Erbe, welcher den Nachlaß angetreten hat, das Eigenthum

*) Vergl. Annalen N. F. Bd. VII, S. 241 flg.

an den zur Erbschaft gehörigen Grundstücken erst durch seine Eintragung in das Grundbuch erwerbe und erst von diesem Zeitpunkte an diejenigen Verfügungen über das Grundstück zu treffen berechtigt sei, welche nach den Gesetzen nur der Eigenthümer mit voller rechtlicher Wirksamkeit treffen kann, wie z. B. die Bestellung einer Hypothek, einer Reallast, einer Dienstbarkeit.

Es läßt sich auch nicht bestreiten, daß diese Ansicht in der bisherigen Praxis eine ziemlich allgemeine Geltung erlangt hatte. Man glaubte dieselbe als eine Folge des sächsischen Ingrossationssystems betrachten und eine Bestätigung derselben in den weiteren Bestimmungen des Gesetzes vom 6. Novbr. 1843 §§. 172, 173 und des BGB.'s §. 2286 finden zu müssen.

Eine nähere Prüfung dieses Verhältnisses muß aber zu der Ueberzeugung führen, daß es auch bei Grundstücken, ebensowie bei eingetragenen Forderungen, mit dem Rechtsgrunde der Erbfolge eine andere Bewandtniß habe, als mit denjenigen Rechtsgründen (nach der Ausdrucksweise des Gesetzes vom 6. Nov. 1843, Rechtstiteln), in deren Folge nur Ansprüche auf Erwerbung des Eigenthums gegenüber dem bisherigen Eigenthümer (oder Gläubiger) entstehen. Das Gesetz vom 6. Nov. 1843 enthält nicht, wie §. 277 des BGB.'s eine Aufzählung der Rechtstitel nach ihren Entstehungsursachen, und spricht sich auch sonst über den Erwerb des Eigenthums durch Erbfolge nicht näher aus. Das BGB. aber würde man u. M. n. mißverstehen, wollte man darin den Ausspruch finden, daß der Erbe durch den Antritt der Erbschaft nur einen Anspruch auf die künftige Erwerbung der erbschaftlichen Grundstücke erlange. Die Worte: „die Eintragung setzt einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung voraus" schließen den Satz: „daß durch Erbfolge das Eigenthum erworben werde", nicht aus, und haben nur den Sinn, daß die Eintragung nicht ohne einen im Gesetze anerkannten Rechtfertigungsgrund geschehen dürfe, und in diesem Sinne kann der Rechtsgrund in einem Rechtsgeschäfte bestehen, welches an sich nur eine Obligation erzeugt, er kann aber auch darin liegen, daß ein bestehendes Eigenthum bei dem Eintritte gewisser Verhältnisse unmittelbar auf eine andere Person übergegangen ist.

Es läßt sich nachweisen, daß der Gesetzgeber dem Rechtsgrund der Erbfolge nicht die Bedeutung beigelegt haben könne, daß der Erbe der Eintragung in das Grundbuch (der Umschreibung auf seinen Namen) bedürfe, um das Eigenthum der erbschaftlichen Grundstücke zu erwerben.

Wir glauben in dieser Beziehung zunächst auf dasjenige verweisen zu dürfen, was bereits im ersten Theile dieses Aufsatzes

Annalen N. F. Bd. VII, S. 241,

ausgeführt worden ist und heben hier nur Folgendes noch besonders hervor.

Es giebt überhaupt nur zwei Classen von Vermögensrechten; entweder es sind solche, deren unmittelbarer Gegenstand eine, dem Willen des Berechtigten unterworfene Sache ist (dingliche Rechte, jura in re), oder es sind solche, bei denen der Wille einer Person dem Willen einer andern unterworfen ist (Forderungen, obligationes). Es ist nicht möglich, noch eine dritte Classe von Vermögensrechten zu construiren, die weder in der ausschließenden oder theilweisen Herrschaft über eine Sache, noch in dem Rechte, von einer bestimmten Person zu verlangen, daß sie Etwas gebe, thue, leiste oder unterlasse, beständen. Wollte man daher sagen, der Rechtsgrund der Erbfolge gewähre dem Erben nur einen persönlichen Anspruch auf Erwerbung des Eigenthums an den erbschaftlichen Grundstücken, so müßte auch eine Person vorhanden sein, welche diesem Anspruch gegenüber die verpflichtete wäre. Eine solche giebt es aber nicht. Das Erbrecht gewährt dem Erben nur das Recht, die Erbschaft, also das Vermögen des Erblassers zu erwerben; der Erbe kann, wenn er die Erbschaft angetreten hat, alle Rechte, welche der Erblasser bei seinen Lebzeiten bereits erworben hatte, beziehungsweise nach seinem Erbantheile, ebensowie dieser, in demselben Umfange und bez. gegen die nämlichen Personen, ausüben, aber neue Rechtsverhältnisse zwischen dem Erben und dritten Personen werden durch den Anfall und den Antritt der Erbschaft nicht geschaffen*).

---

*) Siebenhaar, Commentar Bd. III, S. 221, 2. Ausgabe.

Das Eigenthum besteht in der unmittelbaren und absoluten Herrschaft über eine Sache; der Wille des Eigenthümers ist die entscheidende Norm für die Sache, aber das Eigenthum ist an sich mit keiner Verpflichtung dritter Person gegen den Eigenthümer als solchen verbunden. Eine derartige Verpflichtung kann nur durch Eingriff in das Eigenthum entstehen. So lange das Recht des Eigenthümers nicht bestritten oder verletzt wird, steht demselben auch nicht das Recht zu, die Anerkennung seines Eigenthums von einer dritten Person zu verlangen. An diesen Verhältnissen wird durch den Tod des Eigenthümers und den Eintritt des Erben in das Vermögen des ersteren (die Erbfolge) nichts geändert. Ist daher der Erblasser als Eigenthümer eines Grundstücks eingetragen, dessen Eigenthum von Niemand bestritten worden ist, so giebt es auch Niemanden, von dessen Anerkennung oder Genehmigung der Uebergang dieses Eigenthums auf den Erben abhängig zu machen wäre, und es wird sich keine Grund- und Hypothekenbehörde veranlaßt finden, zur Eintragung des Erben als Eigenthümer der erbschaftlichen Grundstücke noch etwas Anderes zu verlangen, als einen den Vorschriften in §. 2295 flg. des BGB.'s (und §. 19 der GO.) genügenden Nachweis seines Erbrechtes. Man darf sich hierbei nicht zu einer Verwechselung der Begriffe verleiten lassen, wenn man an den Fall denkt, daß das erbschaftliche Grundstück sich im Besitze eines Dritten befinden, oder ein Dritter ein dingliches Recht an demselben (jus in re aliena) behaupten kann.

In derartigen Fällen wird zwar der Erbe nöthigenfalls das Eigenthum des Erblassers und daß er dessen Erbe geworden sei, nachweisen müssen, aber dafür, daß durch die Erbfolge das Eigenthum auf ihn übergegangen sei, bedarf er keiner besonderen Anerkennung und keines besonderen Nachweises.

Es läßt sich nach u. A. in der Theorie kein Gesichtspunkt auffinden, unter welchen man das Verhältniß des Erben zu den erbschaftlichen Grundstücken bringen könnte, wenn, nach Antritt der Erbschaft, zum Erwerbe des Eigenthums an den letzteren die Eintragung des ersteren in das Grundbuch nöthig wäre. Man könnte vielleicht den Gesichtspunkt der hereditas jacens als

hierzu tauglich betrachten wollen, dieser würde aber nicht haltbar sein. So lange die Erben unbekannt sind, oder mit der Erklärung über den Antritt zögern, sind die erbschaftlichen Grundstücke noch Bestandtheile des Vermögens, welches in seiner Gesammtheit die hereditas jacens bildet. Durch den Antritt der Erbschaft erwirbt der Erbe die letztere ohne Dazwischenkunft eines Dritten, indem er, kraft seines Erbrechtes unmittelbar an die Stelle des Erblassers tritt. Dies gilt namentlich auch in dem Falle, wenn (vgl. §. 2247 flg.) die Bestellung eines Nachlaßvertreters verfügt worden ist. Die Function des letzteren wird durch den Erbschaftsantritt aufgehoben, weil, sobald dieser erfolgt iü, von einer hereditas jacens der Natur der Sache nach keine Rede mehr sein kann. Der Nachlaßvertreter hat bezüglich seiner Verwaltung dem Erben gegenüber dieselben Verpflichtungen, welche dem Altersvormunde obliegen(§. 2248), aber der Erbe erwirbt die Erbschaft und das Eigenthum der zu dieser gehörigen Sachen nicht von dem Verwalter der Erbschaft, sondern er setzt das Eigenthum, welches dem Erblasser zugestanden hat, in seiner Person fort, und der Nachlaßvertreter giebt ihm nur heraus, was er für seine Rechnung innegehabt und verwaltet hat. Es fehlt also auch hier an einer Person, gegen welche der Erbe einen Anspruch auf Eigenthumsübertragung haben könnte. Ebensowenig läßt sich annehmen, es gebe zufolge des Ingrossationssystems eine zweifache Art des Erbantritts, welcher bei Immobilien durch die nachgesuchte und erfolgte Eintragung des Erben als Eigenthümer erbschaftlicher Grundstücke in das Grundbuch, gleichsam zum formellen Abschlusse gelange.

Unbeschadet unseres Ingrossationssystems, welches die sächsische Gesetzgebung überhaupt nicht bis zur äußersten Consequenz durchgeführt hat*), kennt das BGB. eine solche Unterscheidung durchaus nicht. Die Antretung der Erbschaft ist eine, von dem Willen des berufenen Erben abhängende Handlung, welche (§. 2251 flg.) an keine Form gebunden ist, selbst thatsächlich geschehen kann und als solche nicht von der Mitwirkung einer

*) Siebenhaar, Commentar Bd. I, S. 281.

Behörde abhängt, die aber auch — außer in dem §. 2258 Abs. 2 erwähnten Falle — nicht auf ideelle Theile der Erbschaft oder einzelne Erbschaftsgegenstände beschränkt werden darf, sondern der Regel nach das Ganze der Erbschaft zum Gegenstande haben muß (§§. 2255, 2258). Diese Vorschriften sind allgemein und leiden ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der einzelnen Erbschaftsgegenstände Anwendung. Endlich ist die Eintragung des Erben als Eigenthümer erbschaftlicher Grundstücke auch nicht als ein Zueignungsact anzusehen. Denn erstens kennt das BGB. die Zueignung (occupatio) als Eigenthumserwerbung überhaupt nur bei beweglichen Sachen (vgl. §. 227 flg., 294) und zweitens wird ein Grundstück nach dem Tode des Eigenthümers nicht zu einer herrenlosen Sache, sondern bleibt ein Bestandtheil des Gesammtvermögens, welches der Verstorbene bis zu seinem Tode besessen hat. Dieses Vermögen als etwas Objectives besteht als Begriffsganzes auch nach dem physischen Tode seines Inhabers, dessen vermögensrechtliche Existenz auf diese Weise fortdauert, bis in der Person des Erben ein neues physisches Organ an seine Stelle tritt. Der Erbe erlangt daher auch durch den Erbantritt nicht etwa ein neues Eigenthum, wie der Singularsuccessor, welcher das Eigenthum erwirbt, welches ein Anderer aufgegeben hat, sondern er setzt das Eigenthum nur fort, welches sein Erblasser durch die Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche erworben hat*).

Es war kein Grund für die Gesetzgebung vorhanden, im Interesse des Ingrossationssystems ein Verhältniß des Erben zu den erbschaftlichen Grundstücken zu schaffen, welches sich weder nach der Theorie des gemeinen Rechts, noch nach dem Rechte des BGB.'s juristisch construiren läßt**).

Das Princip der Ingrossation ist vielmehr genügend ge-

---

*) Siebenhaar, Commentar Bd. I, S. 239, 300; Zeitschrift für Rechtspflege 2c. Bd. XXX, S. 395 flg. und XXXIII, S. 496 flg.

**) Vergl. auch von Wächter, Abhandlungen der Jur. Facultät zu Leipzig, Bd. I, S. 245, dem wir nur darin nicht beizupflichten vermögen, daß die Gesetzgebung dessenohngeachtet diesen bedenklichen Schritt gethan habe.

wahrt, wenn wir die Eigenthumserwerbung in der Eintragung des Erblassers finden, und gemäß den eben entwickelten Ansichten, in der Eintragung des Erben, welcher nach erfolgtem Erbantritt Eigenthum seines Erblassers fortsetzt, nur eine Sachlegitimation erblicken, deren Veröffentlichung durch das Grundbuch zwar dem Wesen des Ingrossationssystems und der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher entspricht, aber nicht zur Erwerbung des Eigenthums gehört. Bei dieser Auffassung der Erbfolge „als Rechtsgrund" zur Eintragung der Erben als Eigenthümer erbschaftlicher Grundstücke glauben wir uns auch auf die Vorschriften des BGB.'s über den Uebergang der hypothekarischen Forderungen auf die Erben des eingetragenen Gläubigers berufen zu dürfen. Das sächs. Ingrossationssystem behandelt die Nothwendigkeit der Eintragung beim Eigenthum und bei Pfandrechten an Grundstücken nach gleichen Grundsätzen und mußte sie nach gleichen Grundsätzen behandeln, sobald beide Rechte unter die Herrschaft jenes Systems gestellt werden sollten. Bedürfte der Erbe eines hypothekarischen Gläubigers der Eintragung in dem Sinne und zu dem Behufe, wie der Cessionar, welcher durch die Abtretung nicht einmal das persönliche Forderungsrecht gegen den Schuldner, sondern nur einen Anspruch auf Erwerbung der Forderung und der Hypothek gegen den Cedenten erlangt, so hätte nicht in §. 385 u. 437 mit den klarsten und bestimmtesten Ausdrücken gesagt werden können, „eine eingetragene Forderung geht mit der Hypothek ohne Weiteres auf die Erben über"; und „Uebergang der Forderung durch Erbfolge bewirkt ohne Weiteres den Uebergang der zur Sicherung der Forderung bestehenden Hypothek". Denn daß die Worte: „ohne Weiteres" nichts anderes bedeuten sollen, als „ohne Eintragung in das Hypothekenbuch" (Umschreibung), daran wird wohl Niemand zweifeln, wenn er die Schlußworte des §. 437 liest, „dieselben (die Erben) können jedoch die Umschreibung der Forderung auf ihren Namen verlangen."

Der hauptsächliche Sitz des Zweifels ist wohl im ersten Satze des §. 2286 zu suchen:

„ist zur Erwerbung gewisser Sachen oder Rechte, sowie zur

Verfügung darüber Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nöthig, so bedürfen derselben auch die Erben."

Sie können aber in der That nur auf den ersten Anblick zu der Annahme führen, daß der Erbe die erbschaftlichen Grundstücke und Hypothekenforderungen erst durch eine Eintragung (Umschreibung) im Grund- und Hypothekenbuche erwerbe, und durch den Erbantritt nichts gewinne, als die Füglichkeit, die erbschaftlichen Grundstücke und Hypothekenforderungen auf seinen Namen umschreiben zu lassen. Daß in Ansehung der hypothekarischen Forderungen eine solche Auslegung den klaren, ausdrücklichen Bestimmungen der §§. 385 und 437 gegenüber nicht möglich sein würde, ohne geradezu anzunehmen, daß der erste Satz des §. 2286 dazu bestimmt gewesen sei, das wieder aufzuheben, was in jenen Bestimmungen angeordnet worden ist, bedarf keiner nochmaligen Auseinandersetzung, und wir haben bereits im ersten Theile dieser Abhandlung darzulegen gesucht, wie die Vorschriften der §§. 2286 und 2287 zu verstehen sind, um sie mit den §§. 385 und 437 in Harmonie zu bringen.

Sehr ähnliche Betrachtungen lassen sich auch in Bezug auf die erbschaftlichen Grundstücke anstellen. Schon der letzte Satz des §. 2286

„wenn Erben ein erbschaftliches Grundstück mit keinen andern Schulden als mit solchen, welche bei der Antretung darauf haften, veräußern, so bedarf es zur Eintragung des Erwerbes keiner Eintragung der Erben als Zwischenbesitzer,"

schließt die Annahme aus, daß das Eigenthum des Erblassers erst durch die Umschreibung auf den Erben übergehe.

Nach dieser im Wesentlichen mit §§. 172 und 173 des Gesetzes vom 6. November 1843 übereinstimmenden Vorschrift ist ein Veräußerungsvertrag über erbschaftliche Grundstücke, welchen die Erben nach Antretung der Erbschaft mit einer dritten Person abgeschlossen haben, dergestalt wirksam, daß aus diesem Vertrage dem Erwerber nach §. 277 ein **Rechtsgrund** auf **Erwerbung** des Eigenthums an dem erkauften Grundstücke erwächst. Als Gegenstand der Veräußerung ist im §. 2286 das **Grundstück** bezeichnet, nicht etwa der **Rechtsgrund** des Erben

auf Erwerbung des Eigenthums. Der in §. 277 erwähnte Rechtsgrund des Erben beruht auf dem Erbrecht und der Erbfolge (Erbantritt). Das Erbrecht ist untheilbar und unveräußerlich*), kann also auch nicht in Bezug auf einzelne Erbschaftsgegenstände veräußert werden. Der Erbe könnte nicht über das erbschaftliche Grundstück selbst verfügen, wenn er nicht, auch ohne Umschreibung, das Eigenthum daran hätte, und der Umstand, daß diese Umschreibung wegfallen kann, wenn die Erben das Grundstück (ohne neue Schulden) veräußern, beweist, daß man dieselbe überhaupt nur für etwas rein Formelles, für eine Sachlegitimation, angesehen haben kann, zu welcher der Erbe nach §. 197 der GO. (§. 174 des Ges. v. 6. Nov. 1843) im Interesse einer vollständigen Buchführung auch amtshalber angehalten werden soll, während er zu einer Erwerbung des Eigenthums nicht auf diese Weise genöthigt werden könnte.

In dem, was in §. 2286 wegen der neuen Schulden gesagt wird, ist nur vermittelst einer Schlußfolgerung e contrario die Bestimmung zu finden, daß ein Zwischeneintrag zu erfolgen habe, wenn die Erben Forderungen auf erbschaftliche Grundstücke eintragen lassen wollen. Zuvörderst ist hierbei zu gedenken, daß es einer Umschreibung nicht bedarf, wenn die Erben sich bei der Veräußerung eines erbschaftlichen Grundstücks wegen unbezahlter Kaufgelder eine Hypothek ausbedingen (vorbehalten), denn in diesem Falle beruht das Pfandrecht auf einem Vertrage, zufolge dessen es von dem Erwerber eingeräumt wird und erst dann entsteht, wenn dieser als Eigenthümer und sodann die Forderung eingetragen wird**). Nur also, wenn die Erben außer dem Falle einer gleichzeitigen Veräußerung, mithin selbst für einen Dritten eine Hypothek am Grundstück bestellen

---

*) Siebenhaar, Commentar Bd. III, S. 371 zu §. 2372.

**) Durch die Eintragung des Erwerbers als Eigenthümer erhält der, in der Voraussetzung des Eigenthumserwerbes abgeschlossene Pfandvertrag seine volle Wirksamkeit als Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek. Die Bestellung der letzteren ist aber Bedingung für den Eigenthumserwerb und muß daher sofort nach der Eintragung des Erwerbers als Eigenthümer geschehen. — Vgl. mein Grund- und Hypothekenrecht, S. 17, 32, 302.

wollen, scheint der Zwischeneintrag des ersteren als Eigenthümer erfordert werden zu sollen. Allein das Gesetz sagt nicht, daß der Erbe nach angetretener Erbschaft, das erbschaftliche Grundstück mit Pfandrechten nicht belasten dürfe, ohne vorher als Eigenthümer eingetragen zu sein. Es würde auch eine Inconsequenz der Gesetzgebung sein, wenn der Erbe ohne Zwischeneintrag zur Veräußerung befugt wäre und er sollte es nicht auch zu dem Minderen, der Bestellung einer Hypothek, sein. Auch hier hat die Umschreibung nur die rein formelle Bedeutung der Sachlegitimation, bei der man höchstens zugeben könnte, daß sie in dieser Eigenschaft im Interesse der vollständigen Buchführung*) vorgezeichnet, aber nicht, daß sie ein unerläßliches Erforderniß für die Eintragung der Hypothek und deren Rechtsbeständigkeit sei.

Aus dem bisher Gesagten ergeben sich mehrere praktisch wichtige Folgen:

1. Wenn Erben nach Antretung der Erbschaft über ein erbschaftliches Grundstück einen Veräußerungsvertrag in gültiger Weise (vgl. §. 822 flg. des BGB.'s) abgeschlossen haben, und sie werden von dem Käufer auf Erfüllung des Vertrages verklagt, so kann die Verurtheilung nach §. 70a des Executionsgesetzes vom 28. Febr. 1838, unter sonst geeigneten Verhältnissen, so gefaßt werden, daß der Beklagte die Eintragung des Erwerbers als Eigenthümer geschehen zu lassen hat, und die Vollstreckung insoweit ohne Mitwirkung des Veräußerers und ohne Zwischeneintragung der Erben erfolgen kann.

2. Stellt der Erbe wegen eines erbschaftlichen Grundstücks eine actio in rem (z. B. die Eigenthums-, Confessorien- oder Negatorienklage) gegen einen Dritten an, so genügt, um gemäß der Vorschrift in §. 302 das Eigenthum darzuthun, der Nachweis, daß der Erblasser als Eigenthümer im Grundbuch (noch) eingetragen und der Kläger der Erbe des eingetragenen Eigenthümers sei.

*) Bei der Veräußerung des Grundstücks ist sie dies nicht, weil durch die Eintragung eines neuen Eigenthümers der Zwischenbesitz der Erben ohne alles Interesse für das Grundbuch ist.

3. Wird eine actio in rem wegen eines erbschaftlichen Grundstücks gegen den Erben angestellt, bei welcher das Eigenthum des Beklagten vom Kläger nachzuweisen ist, wie z. B. nach §. 429 des BGB.'s bei der Pfandklage, so ist zu diesem Behufe der Nachweis der zu 2. gedachten Thatsachen ebenfalls ausreichend. Dasselbe tritt in allen Fällen ein, wo im Prozesse das Eigenthum einer Partei an erbschaftlichen Grundstücken in Frage kommt und eines Nachweises bedarf, und wir bemerken dabei nur noch, daß bei einer sog. Passivlegitimation der Erbantritt darzuthun ist, während derselbe bei der activen Sachlegitimation zumeist schon in der Geltendmachung des Rechtes gefunden werden kann.

4. Der Erbe kann auch ohne Zwischeneintragung andere, dem Eigenthümer zustehende Verfügungen treffen, z. B. eine Dienstbarkeit durch Vertrag (§§. 574, 644 des BGB.'s) bestellen und zwar so, daß dieselbe durch diesen Vertrag als dingliches Recht entsteht. Die Eintragung persönlicher Dienstbarkeiten als Dispositionsbeschränkung (§. 646) ist statthaft, auch wenn der Erbe noch nicht als Eigenthümer im Grundbuche verlautbart worden ist.

5. Der Erbe kann durch seine Willenserklärung Dritten einen Rechtsgrund auf Erwerbung einer Hypothek (oder einer Reallast) einräumen. Da beide Rechte als jura in re aliena erst durch die Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche entstehen, so ist diese Eintragung zu bewirken, derselben jedoch ordnungsmäßig der Zwischeneintrag als Sachlegitimation voran zu schicken. In der Bestellung eines Pfandrechts oder einer Reallast und dem Antrag auf dessen Eintragung liegt der Antrag auf Vornahme des Zwischeneintrags, denn der Erbe muß das gewollt haben, was zur Ausführung der eingegangenen Verpflichtung gehört, es bedarf also diesfalls keines besonderen Antrages. Weil aber dem sog. Zwischeneintrag nur die formelle Bedeutung einer Sachlegitimation beizulegen ist, würde nach u. M. eine ohne dieselbe bewirkte Eintragung der Hypothek oder Reallast nicht ungültig sein. Jedenfalls aber ist sie rathsam und der Berechtigte darf sie verlangen.

6. Aus der Vorschrift in §. 2246 folgt, daß selbst vor Antretung der Erbschaft, eine Hypothek oder Reallast eingetragen werden kann, wenn es ohne Mitwirkung der Erben thunlich ist. Dies kann der Fall sein, wenn die Eintragung auf einen Rechtsgrund gestützt wird, welchen der Gläubiger bei Lebzeiten des Erblassers gegen diesen erworben hat, und der noch in Wirksamkeit besteht. Ist dieser Rechtsgrund ein Vertrag, worüber die zur Eintragung nöthigen Urkunden in vorschriftsmäßiger Form vorliegen, so wird es allerdings dem Ermessen der Grund- und Hypothekenbehörde anheimfallen, ob es nöthig sei, sich der Zustimmung der Erben, beziehentlich eines Nachlaßvertreters zu versichern.*) Gesetzliche Rechtsgründe, welche mit Aufhebung des Verhältnisses, für deren Dauer sie gegeben sind, aufhören (vgl. §§. 390, 391, 392, 393 des BGB.'s) können natürlich nach dem Tode des Schuldners nicht mehr gegen seine Erbschaft geltend gemacht werden. Wäre aber z. B. der Erblasser zur Bestellung einer Hypothek verurtheilt (§. 395) und die Hülfsauflage (sofern es einer solchen nach §. 70a des Gesetzes vom 28. Febr. 1838 bedarf) bereits erlassen gewesen, so kann die Eintragung derselben nach Ablauf der festgesetzten Frist erfolgen, auch wenn der Nachlaß noch nicht angetreten und ein Nachlaßvertreter nicht bestellt worden ist. Nur würde, wenn die Frist beim Tode noch lief, mit der Eintragung noch acht Wochen lang vom Todestage an berechnet, Anstand zu nehmen sein. (Vgl. die Erl. PO. ad Tit. XVII, §. 1 und Civilprozeßgesetz v. 30. Dec. 1861 §. 25.)

Hiernach wird sich nun auch die Frage, ob die Hülfe in erbschaftliche Grundstücke ohne eine Zwischeneintragung der Erben

---

*) Auch bei Lebzeiten des Verpfänders kann es vorkommen, daß eine nochmalige Erklärung desselben erforderlich erscheint, wenn z. B. die Eintragung auf Grund einer Urkunde gesucht wird, seit deren Ausstellung längere Zeit verflossen ist. Bei sich ergebenden Anständen wird eine Vormerkung der Forderung auf die erbschaftlichen Grundstücke am Platze sein. Begreiflicherweise kann die Mitwirkung der Erben nicht entbehrt werden, wenn der Rechtsgrund durch bloße Privaturkunden nachgewiesen werden soll.

vollstreckbar sei, ohne Schwierigkeiten lösen lassen. Wir unterscheiden auch hier folgende Fälle:

a. Vollstreckung wegen erbschaftlicher Schulden.

aa. Ist die Schuld gegen den Erblasser selbst bis zur Vollstreckungshandlung ausgeklagt, also die Zahlungsauflage ihm noch vorschriftmäßig behändigt worden und die Frist abgelaufen, so besteht schon der gesetzliche Rechtsgrund des §. 394 und die Forderung kann ohne Weiteres auf das erbschaftliche Grundstück eingetragen werden, weil diese Hülfsvollstreckung die Einwilligung eines physischen Repräsentanten der Erbschaft nicht erfordert. Nur wenn, bevor die Zwangsversteigerung eingeleitet werden kann, noch ein Wiedereinlösungsinjunct erlassen werden muß*), sind die Erben zu ermitteln und es ist ihnen, nach Befinden dem zu bestellenden Nachlaßvertreter das Injunct zu behändigen. Die Zwischeneintragung der Erben ist aber auch in diesem Falle nicht erforderlich und der Kläger ist auch, zufolge der Bestimmung der Erl. PO. ad Tit. XVII §. 1 nicht verbunden, den Erbantritt nachzuweisen.

Ist die Frist zur Zahlung in der Hülfsauflage beim Tode des Beklagten noch nicht abgelaufen, so ist die Eintragung bis zum Ablauf der, unter Hinzurechnung der obgedachten acht Wochen zu bemessenden Frist auszusetzen**).

b. Die Schuld ist noch nicht, oder doch nicht bis zum Stadium der Execution ausgeklagt. In diesem Falle ist der Prozeß gegen die Erben an-, bez. bis zur Hülfshandlung fort-

*) Dieses Injunct ist, nach Ansicht des OAG.'s, entbehrlich und die Abwartung der vierwöchigen Wiedereinlösungsfrist genügend, wenn die Pfandklage angestellt, und die Zahlungsauflage demgemäß eingerichtet worden ist. Zeitschrift, Bd. XXXII, S. 339; vgl. auch Justiz-Min.-Bl. v. J. 1870, S. 63. Zweckmäßig erscheint es aber, daß die Erben von dem Tage der bevorstehenden Zwangsversteigerung benachrichtigt werden, obgleich die Benachrichtigung des Schuldners nicht zu den wesentlichen Formen der Zwangsversteigerung gerechnet wird.

**) Wenn man in dem in der vorhergehenden Note bezeichneten Falle die Abwartung der vierwöchigen Wiedereinlösungsfrist für nöthig hält, was sie nach unserem Dafürhalten aber nicht ist, so würde, eintretenden Falls auch diese in der bezeichneten Weise den Erben gegenüber zu verlängern sein.

zustellen. Eines Zwischeneintrages bedarf es aber zum Behufe der Hülfsvollstreckung in dem erbschaftlichen Grundstücke nicht.

bb. Wegen eigner Schulden der Erben.

Hält man an der Ansicht fest, daß das Eigenthum an den erbschaftlichen Grundstücken durch die Antretung der Erbschaft auf den Erben übergeht, so folgt daraus nothwendig, daß die dem Erben zugefallenen Grundstücke zu denjenigen Bestandtheilen des Vermögens des Erben gehören, welche, insoweit nicht besondere Verfügungsbeschränkungen vorhanden sind, als Gegenstand der Hülfsvollstreckung, wegen seiner Schulden zu betrachten sind. (Vgl. §. 44 des Executionsgesetzes vom 28. Febr. 1838.) Es kann wie überhaupt, so auch in Bezug auf die Zulässigkeit dieser Hülfsvollstreckung keinen Unterschied ausmachen, ob nur ein oder mehrere Erben vorhanden sind, und auf welchen Gründen, Gesetz, Testament oder Erbvertrag, die Erbfolge beruht. Mehrere Erben werden, jeder nach Verhältniß seiner Erbportion, Miteigenthümer der erbschaftlichen Grundstücke, als solcher hat jeder das Recht über seinen ideellen Antheil zu verfügen, denselben zu veräußern oder zu verpfänden, es können daher auch besondere Pfandrechte an den ideellen Theilen eines erbschaftlichen Grundstücks bestellt werden*). Die Form der Eintragung der nur antheilig auf dem Grundstücke haftenden Hypotheken ist bekannt.

Da, wie wir bereits auszuführen gesucht, die Zwischeneintragung der Erben nur die Eigenschaft einer Sachlegitimation hat, so ist dieselbe, wenn eine Vollstreckung der Hülfe wegen der eignen Schulden des Erben beantragt worden ist, unbedenklich von amtshalber, als eine zur Ausführung der Hülfsvollstreckung erforderliche, nur die Form der letzteren betreffende Maßregel, vorzunehmen. Wir finden diesen Zwischeneintrag namentlich dann für angemessen, wenn die Hülfsvollstreckung nur in den ideellen Antheil eines oder die ideellen Antheile mehrerer Erben erfolgen soll, aber nur im Interesse einer möglichst genauen, übersichtlichen Buchführung. Zur Gültigkeit der

*) Vgl. BGB. §. 328, 329. — Siebenhaar, Commentar Bd. I, S. 325 flg.

Hülfsvollstreckung selbst ist er nicht nothwendig, denn nach außen hin braucht das Hypothekenbuch keine speciellen Aufschlüsse über die Entstehungsgründe der Hypotheken zu geben.

Bei der Mannichfaltigkeit der Verhältnisse kann es vorkommen, daß die Vollstreckung der Hülfe wegen einer gemeinschaftlichen eigenen Schuld aller Miterben, oder einiger von mehreren Miterben, oder daß sie gleichzeitig gegen alle, beziehentlich mehrere Erben wegen besonderer Schulden jedes einzelnen beantragt wird. Dadurch wird in principieller Beziehung an der Zulässigkeit der Hülfsvollstreckung und deren Form im Allgemeinen nichts geändert. Wie nach den Verhältnissen der einzelnen Fälle die Einträge am schicklichsten zu fassen sind, ob es dabei, außer dem Zwischeneintrage, wenn dieser bewirkt werden soll, eines oder mehrerer Haupteinträge, mit oder ohne Bemerkung der antheiligen Haft bedürfe, hat die Grund- und Hypothekenbehörde nach den Formvorschriften der GO. (§§. 144, 162, 163) zu beurtheilen. Nehmen wir z. B. an, A., B., C. haben zu gleichen Theilen ein Grundstück geerbt, sie schulden dem D. zu gleichen Theilen aus einem gemeinschaftlichen Rechtsgrunde 600 Thlr. sammt Verzugszinsen und Kosten, zu deren Zahlung sie in demselben Erkenntnisse rechtskräftig verurtheilt und in der nämlichen Zahlungsauflage bedeutet worden sind, so kann, wenn der Antrag auf Hülfsvollstreckung wegen der ganzen Forderung erfolgt ist, die Gesammtschuldsumme in einem Eintrage, ohne Sonderung der Antheile und ohne Bemerkung der hier einflußlosen antheiligen Haftung, in einem Eintrage geschehen. Schulden aber A., B., C. dem D. jeder eine verschiedene Summe, A. 300, B. 200, C. 150 Thlr., so sind bei gemeinschaftlich beantragter und gleichzeitig erfolgender Hülfsvollstreckung die einzelnen liquida getrennt, unter Berücksichtigung der Vorschriften in §. 163 der GO. entweder in einem Eintrage unter a. b. c. oder in besonderen Einträgen mit den entsprechenden Ringnummern und in beiden Fällen mit Bemerkung der antheiligen Haft einzuschreiben.

Es geht aus Obigem von selbst hervor, daß der Privatgläubiger des Erben, welcher die Vollstreckung der Hülfe in ein

erbschaftliches Grundstück sucht, nachzuweisen hat, daß der Schuldner Erbe geworden sei und den Nachlaß angetreten habe.

Die Concurrenz mehrerer Miterben verhindert den einzelnen nicht, sich nach seinem Erbantheile als Eigenthümer eintragen zu lassen, ebenso wie bei hypothekarischen Forderungen jeder Miterbe das gleiche Recht auf antheilige Umschreibung hat. Was nun hierbei noch die Frage anlangt, inwiefern bei einer Hülfsvollstreckung in den ideellen Antheil eines oder die ideellen Antheile einiger von mehrern Miterben an dem erbschaftlichen Grundstücke, die Interessen der übrigen Erben, der Vermächtnißnehmer, Anwärter oder Erbschaftsgläubiger in Betracht kommen können, so glauben wir uns hierbei auf das Bd. VII., S. 264 flg. dieser Annalen bereits Ausgeführte beziehen zu dürfen, da insoweit bei hypothekarischen Forderungen und erbschaftlichen Grundstücken im Wesen gleiche Grundsätze gelten müssen. Besonders wollen wir nur darauf noch aufmerksam machen, daß, wenn bei einer Erbauseinandersetzung einer oder einige Erben ihre ideellen Antheile an den erbschaftlichen Grundstücken ihren Miterben überlassen und dafür, sei es durch Uebereignung anderer Erbschaftsgegenstände, oder durch Aufrechnung mit dem, was sie dem Nachlasse oder ihren Miterben schulden, befriedigt werden, hierin eine als Kauf zu beurtheilende Veräußerung jener Grundstücksantheile liegt. Dazu bedürfen die Erben, welche ihre Antheile veräußern, nach §. 2286 keiner Zwischeneintragung, aber die Erwerber dieser Antheile haben, so lange sie als solche noch nicht eingetragen sind, nur einen persönlichen Anspruch an ihre Mitcontrahenten, welche durch den Erbantritt Eigenthümer der Grundstücke nach ideellen Theilen geworden sind. Derartige Ansprüche vermögen aber bekanntlich, selbst wenn zu deren Sicherstellung eine Verwahrung nach §. 218 der GO. eingetragen worden ist, die Hülfsvollstreckung nicht zu hindern. Erbschaftsgläubiger, Anwärter und Vermächtnißnehmer, welche ihre Befriedigung aus der Erbschaft verlangen, haben zu diesem Behufe, nach §. 2333 des BGB.'s das Absonderungsrecht, welches sie nach §. 2342 innerhalb Jahresfrist von Antretung der Erbschaft an ausüben und auf Absonderung der

Erbschaft behufs ihrer Befriedigung aus der letzteren antragen können. Eine vor diesem Antrage bereits bewirkte Eintragung von Hypotheken auf erbschaftliche Grundstücke verliert aber, gleichviel ob sie wegen erbschaftlicher oder eigner Schulden der Erben erfolgt ist, ihre Wirksamkeit durch die erst später beantragte und eingeleitete Sonderung nicht, denn das Befugniß der Erben, über die zur angetretenen Erbschaft gehörigen Sachen eine gültige Verfügung zu treffen, wird durch die bloße Existenz des Absonderungsrechts nicht aufgehoben. Hierauf beruht die Bestimmung in §. 219 der GO., nach welcher Erbschaftsgläubiger eine Verwahrung gegen Veräußerung und Verpfändung erbschaftlicher Grundstücke behufs der Sicherung ihres Absonderungsrechts einwenden können, wenn sie die Gefahr des Verlustes ihrer Forderungen oder wesentliche Erschwerung der Rechtshülfe zu bescheinigen im Stande sind*). Eine solche Verwahrung würde aber, an und für sich allein, die Eintragung einer Hypothek auf Grund der Vorschrift in §. 394 des BGB.'s (gesetzlichen Rechtsgrundes) nicht ausschließen**). Eine andere Frage ist es, ob nach Stellung des bez. Antrags und Einleitung des Absonderungsverfahrens, vor vollständiger Befriedigung der Erbschaftsgläubiger, eine Hülfsvollstreckung in erbschaftliche Grundstücke erfolgen dürfe. Diese Frage liegt jedoch außer dem Kreise dieser Abhandlung, weil sie mit der Zwischeneintragung des Erben als Eigenthümer der erbschaftlichen Grundstücke in keinem Zusammenhange steht. Wollte man selbst, gegen unsere Ansicht, diese Zwischeneintraguug für nothwendig halten, so würde doch weder ein Miterbe, noch ein Erbschaftsgläubiger, Vermächtnißnehmer oder Anwärter das Recht haben, den Erben an der Antretung der Erbschaft zu hindern, oder der Umschreibung im Grundbuche zu widersprechen. Es würde immer nur die Frage entstehen, ob diese Betheiligten einer weiteren Dispo-

*) Der §. 219 erwähnt nur die Erbschaftsgläubiger. Da aber die Vermächtnißnehmer und Anwärter dasselbe Recht auf Absonderung haben, so muß ihnen auch dieselbe Sicherungsmaßregel zugestanden werden. — Annalen, N. F. B. I, S. 174.

**) Vgl. Annalen, N. F. Bd. I, S. 151.

sition der Erben über das erbschaftliche Grundstück, beziehentlich den ihnen zugefallenen Antheil desselben, entgegentreten könnten, und für die Beantwortung dieser Frage ist es gleichviel, ob man annimmt, der Erbe bedürfe jener Zwischeneintragung, um das Eigenthum zu erwerben, oder ob dieselbe nur eine dem Ingrossationssysteme entsprechende Sachlegitimation sei.

Nach den vorstehend entwickelten Grundsätzen hat das OAG. neuerlich (in Sachen Mahler wider Spörlin u. Genossen) Reg. II, 1870, no. 436; Reg. III, 1871, no. 9 in dritter und vierter Instanz erkannt, und eine Hülfsvollstreckung, welche wegen der eignen Schuld einer Miterbin in die dieser zugefallenen Antheile der erbschaftlichen Grundstücke ohne Zwischeneintragung bewirkt worden war, für zu rechtsbeständig erachtet.

Präjudizien.

Civilprozeß und Concurs.

12.

Zur Lehre vom documentum guarentigiatum. — Anh. zur Erl.PO. §. 4.

II. Sen.-Erk. vom 3. Febr. 1870 no. 1007|997 v. 1869.

Nach der Vorschrift im Anhange zur Erl.PO. §. 4 ist Urkunden, welche im Uebrigen den in dieser Gesetzstelle angegebenen Erfordernissen entsprechen, die Eigenschaft sogenannter Guarentigiatinstrumente beizulegen, obgleich darunter kein Siegel zu befinden oder solche etwas schadhaft, wenn nur nicht der Mangel in essentialibus derer Urkunden sich ereignet und selbige (die Urkunden) nicht durchstrichen oder durchschnitten sind. Das Ausstreichen einzelner Worte oder einzelne Correcturen im Contexte der Schrift sind also, wenn sie nicht wesentliche Umstände betreffen und die Urkunde ihren vollständigen Sinn behält, nicht dazu geeignet, die Brauchbarkeit derselben für den Executivprozeß aufzuheben und den Beklagten von der Verpflichtung, sich über Anerkenntniß oder Diffession zu erklären, zu befreien.

Die Urkunde A, welche im ersten Erkenntnisse nicht für unbrauchbar erklärt worden ist, enthält ein vollkommen klares Schuldbekenntniß und Zahlungsversprechen, und wenn man dieselbe ihrem ganzen Zusammenhange nach auffaßt, kann es keinem erheblichen Zweifel unterliegen, daß die Worte „zu bezahlen“ nur aus Versehen ausgestrichen ꝛc. worden seien.

Im Uebrigen aber bedurfte es zur Begründung der vorliegenden Klage weder der Urkunde A noch der Urkunde B, weil schon die Urkunde C, da sie den Tenor der Relata enthält und einen vollständigen Sinn giebt,

Anhang zur Erl.PO. §. 4,

ein zur Anstellung des Executionsprozesses geeignetes Guarentigiatinstrument ist.

13.

Benutzbarkeit einer mit Bleistift geschriebenen Urkunde für den Executivprozeß?

II. Sen.-Erk. vom 27. Jan. 1870 no. 991/980 v. 1869.

Die erste Instanz hat bereits mit Recht darauf hingewiesen, daß aus den von dem Kläger angezogenen beiden Präjudizien für die Beweiskraft und Recognoscibilität des der gegenwärtigen Executivklage zu Grunde liegenden Schuldscheines kein Argument entlehnt werden kann, da das ältere dieser Präjudizien,

Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. Bd. XIII, S. 65,

lediglich auf einen in den Formen des ordentlichen Prozesses verhandelten Rechtsfall sich bezieht, während das neuere,

Annalen des OAG.'s Bd. VII, S. 257,

nur die Frage, ob eine von dem Aussteller mit Bleistift **unterzeichnete** Schuldurkunde für den Executivproceß benutzbar sei, in bejahendem Sinne entscheidet und dabei von der Erwägung ausgeht, daß auch bei einer mittelst Bleistift bewirkten Unterschrift voraussetzlich dem Aussteller die Möglichkeit geboten ist, sich über die Aechtheit derselben bestimmt zu erklären. Die Gründe der letzteren Entscheidung stehen sogar der von dem Kläger geltend gemachten Ansicht, daß die producirte Schuldverschreibung, obwohl nicht allein die unter derselben befindliche Namenszeichnung, sondern auch ihr Context selbst mit Bleistift geschrieben sei, dennoch für den Urkundenprozeß eine geeignete Unterlage gewähre, geradezu entgegen. Denn es wird darin ausdrücklich hervorgehoben, daß die Zulassung einer so beschaffenen Urkunde in der eben bezeichneten summarischen Prozeßart deshalb nicht unerheblichen Bedenken unterliegen müsse, weil nach

specieller gesetzlicher Vorschrift eine diffessio quoad contenta in jener Prozeßgattung ausgeschlossen und schon im Allgemeinen dafür, daß eine mit Bleistift geschriebene Urkunde in ihrem ursprünglichen Zustande unversehrt erhalten geblieben, keine zuverlässige Garantie vorhanden sei. Mit Rücksicht auf diese Bedenken sind daher, will man den Gebrauch einer derartigen Urkunde in dem Executivprozesse überhaupt für statthaft erachten, an die äußere Integrität derselben, wie das OAG. seither mehrfach ausgesprochen hat, jedenfalls ganz strenge Anforderungen zu stellen. Solchen Anforderungen entspricht aber das hier in Frage befangene Document auf keine Weise, da dasselbe, und zwar an derjenigen Stelle, welche einen der wichtigsten Bestandtheile des Schuldbekenntnisses, die Angabe der schuldigen Summe, betrifft, augenfällige Spuren einer vorgenommenen Abänderung an sich trägt. Den einschlagenden prozessualischen Regeln zufolge erscheint daher die von dem Beklagten erklärte Weigerung, sich über das Anerkenntniß des ihm vorgelegten Schuldscheines auszulassen, vollständig begründet und die Aufrechterhaltung der auf dieses Schriftstück gestützten Klage unthunlich.

14.

Ueber die Hülfsvollstreckung in hypothekarische Forderungen und die Natur des durch solche erlangten Rechtes. — Execut.-Ges. vom 28. Febr. 1838 §. 57 flg. — Hypoth.-Ges. vom 6. Nov. 1843 §§. 83—86. — BGB. §§. 384, 386, 502, 503; §. 463?

II. Sen.-Erk. vom 2. Juni 1870 no. 317|352 *).

Es ist der **prozessualische Act der Hülfsvollstreckung**, auf welchen sich Kläger, um das jetzt von ihm verfolgte Recht auf Einhebung der früher einem von ihm ausgeklagten Schuldner zuständig gewesenen Forderung zu begründen, gestützt hat, und durch welchen zufolge der erhobenen Executionsklage die mittelst derselben geltend gemachte Forderung auf den Kläger übergegangen sein soll. Die Normen für diese Rechtserwerbung sind daher aus den ein-

*) Bestätigt in IVta durch III. Sen.-Erk. vom 14. Jan. 1871 no. 109.

schlagenden Prozeßgesetzen, zunächst aus den Vorschriften in §. 57 flg. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 zu entnehmem. Daß die verholfene Forderung durch das Nebenrecht einer Hypothek gesichert ist, hat daran etwas nicht ändern können, daß die Hülfsvollstreckung in die Forderung nach den für eine derartige Prozeßhandlung geordneten besonderen Formen vor sich zu gehen gehabt, und daß der Umfang der daraus hervorgehenden Rechte sich nach den einschlagenden Prozeßgesetzen zu bestimmen hat.

Die besondere Eigenschaft der Forderung als einer hypothekarischen hat allerdings mit Rücksicht auf das geltende Ingrossationssystem zugleich dahin führen müssen, daß auf Grund des Hülfsactes die Ueberweisung der Forderung an den obsiegenden Kläger, im Grund- und Hypothekenbuche zu verlautbaren gewesen ist. In alle Wege aber enthält diese durch eine Nebeneigenschaft der verholfenen Forderung herbeigeführte Eintragung nicht den eigentlichen Hülfsact, aus welchem allein Kläger sein Klagerecht gegen den Schuldner seines Schuldners herleiten kann, und welcher die Voraussetzung für den durch die besondere (hypothekarische) Qualität der Forderung bedingten Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche gebildet hat. Dieser Act ist vielmehr in der in §. 57 des Executionsgesetzes vorgeschriebenen Erlassung der an dieser Gesetzesstelle näher bezeichneten Verfügung an den Schuldner des Schuldners zu finden. Das Nähere hierunter ist in den vom Kläger selbst angezogenen, in den

Annalen des OAG. Bd. II, S. 64

mitgetheilten Präjudize dargelegt. Es kann auf diese Ausführung hier unbedenklich verwiesen werden, da die dabei hinsichtlich des zu bewirkenden Eintrags im Grund- und Hypothekenbuche in Betracht kommenden Bestimmungen in §. 83—86 des Gesetzes, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr. vom 6. November 1843 durch die neusten Vorschriften in §. 384, 386, 502 und 503 des BGB'.s, soweit diese die fragliche Eintragung betreffen, im Wesentlichen eine Abänderung nicht erfahren haben, während die dem Executionsgesetze angehörigen prozessualischen Grundsätze durch die Vorschriften

des BGB.'s ebensowenig beseitigt worden sind, wie sie durch das Gesetz vom 6. November 1843 berührt worden waren.

Darnach hat der Kläger durch den betreffenden Hülfsact zwar das Recht erworben, zu verlangen, daß der Beklagte

vom Betrage seiner (den Gegenstand der Hülfsvollstreckung bildenden) Schuld bei Vermeidung nochmaliger Erstattung an seinen — des jetzigen Beklagten — Gläubiger, dessen Cessionar oder deren Bevollmächtigten — wenn die Cession ihm nicht vor Behändigung der nach §. 57 des Executionsgesetzes an ihn erlassenen Auflage bekannt geworden — nichts auszahle oder abliefere, vielmehr den Schuldbetrag zur Verfallzeit beim Vollstreckungsgericht niederlege.

Es ist aber dieses Recht des Klägers kein unbeschränktes; es ist dem Kläger vielmehr und zwar den Vorschriften in §. 57 des Executionsgesetzes entsprechend — dies ergiebt sich aus den beiliegenden Grundacten zu Fol. 25 für B., welche die Unterlage für die vom Kläger selbst in Bezug genommenen gerichtlichen Zeugnisse bilden — zu der bei Beklagtem ausstehenden hypothekarischen Forderung nur mit der Beschränkung verholfen worden, daß es Beklagtem unbenommen geblieben ist, etwaige Erinnerungen gegen die getroffene Anordnung beim Vollstreckungsgerichte anzuzeigen, und es hat dies zufolge des auf §. 57 ausdrücklich verweisenden §. 61 des Executionsgesetzes namentlich die Wirkung gehabt, daß dem jetzigen Beklagten auch die bezüglich des Vorhandenseins der Forderung zur Zeit des bestellten Hülfsrechtes zustehenden Einwendungen, dem Kläger gegenüber, nicht verloren gegangen sind, dergestalt, daß, wenn Beklagter selbst die ihm in der nach §. 57 des Executionsgesetzes ergangenen Verfügung gesetzte Frist zur Geltendmachung solcher Einwendungen, ohne sich deshalb zu rühren, hat vorübergehen lassen, er letzterer selbst doch nicht verlustig gegangen ist.

Nur so und in keinem andern Umfange hat Kläger ein Recht auf Einhebung der ihm verholfenen Forderung erlangt und dieses also beschränkte Recht ist es, welches, soweit es sich dabei um eine hypothekarische Forderung gehandelt hat, im Grund- und Hypothekenbuche zu verlautbaren gewesen ist, eine Verlautbarung, welche

ausdrücklich in der Weise stattgefunden hat, daß dabei die Forderung als im Wege der **Hülfsvollstreckung** an Klägern gelangt, bezeichnet worden ist.

Hat nun Letzterer den Executionsprozeß gewählt, um das durch diese Hülfsvollstreckung erworbene Recht gegen Beklagten durchzuführen, so muß er sich auch den Folgen unterwerfen, welche sich daraus ergeben, daß Beklagter die ihm nach §. 61 des Executionsgesetzes namentlich auch in Bezug auf die Existenz der fraglichen Forderung verbliebenen Einwendungen geltend gemacht hat. Durch Bezugnahme auf das Princip der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches und auf die aus diesem Principe fließenden Bestimmungen im 2. Satze der §. 463 des BGB.'s kann zur Beseitigung dieser Einwendungen nicht gelangt werden. Jener Grundsatz besagt nur, daß jede im Vertrauen auf die im öffentlichen Buche enthaltenen Einträge und im guten Glauben vorgenommene Handlung alle rechtlichen Wirkungen hervorbringt, welche **ihr nach jenen Einträgen** angemessen sind. Die jetzt fragliche Forderung ist aber, was den Kläger anlangt, als eine im Wege des **Hülfsverfahrens** auf denselben übergegangene eingetragen und hat anders auch nicht eingetragen werden können. Kläger hat sich also bei **Erwerbung** der auf den Eintrag von ihm zu gründenden Rechte sagen und hat es wissen müssen, daß diese Rechte nicht weiter reichen, als es die Einwendungen gestatten, welche Beklagter namentlich auch hinsichtlich der Existenz der Forderungen zur Zeit der Erwerbung derselben Seiten Klägers geltend zu machen im Stande sein wird. Nur ein so beschränktes Recht hat Kläger von Haus aus erworben.

Nach Ansicht des OAG.'s sind aber die in letzterer Richtung erhobenen Einwendungen, soweit sie sich auf die den Acten im Originale beiliegenden Urkunden unter O und P gründen, für durchschlagend zu erachten 2c.

15.

In dem Executionsprozesse ist die Nachbringung der Sachlegitimation, sowie derjenigen Prozeßlegitimation

unzulässig, welche die Ermächtigung zur Vertretung einer Genossenschaft in ihren prozessualen Angelegenheiten betrifft.

II. Sen.=Erk. vom 9. Juni 1870 no. 306/298.

Dem Kläger kann zugegeben werden, daß der Nachweis der Berechtigung desselben, als Vertreter des Vorschußvereines zu Zwickau, das diesem Vereine angeblich zustehende, in der vorliegenden Executionsklage ausgeführte Forderungsrecht gerichtlich zu verfolgen, nicht sowohl dem Bereiche der Sach= als vielmehr dem der Prozeßlegitimation angehört. Denn es handelt sich bei diesem Nachweise lediglich darum, ob der Kläger im Auftrage und Namen des gedachten Vereins dessen Gerechtsame rücksichtlich der libellirten Forderung in dem gegenwärtigen Prozesse wahrzunehmen befugt sei. Nicht aber kommt hierbei, wie in dem Falle der eigentlichen Sachlegitimation, die Realisirung eines von dem Kläger erworbenen eigenen Anspruchs in Frage, welcher aus dem Vermögen des ursprünglichen Inhabers in dasjenige des Klägers übergegangen wäre oder eine dem Kläger beiwohnende persönliche Eigenschaft zu seiner nothwendigen Voraussetzung hätte.

Ungeachtet der eben bemerkten Auffassung hat jedoch die jetzige Instanz keinen Anlaß finden können, von der in dem Bl. angezogenen Präjudize*) ausgesprochenen Ansicht abzugehen, daß ein Vertretungsbefugniß von der Art, wie solches der Kläger sich hier beilegt, in dem Executionsprozesse sofort bei der Klagerhebung in urkundliche Liquidität gesetzt werden müsse. Die Ermächtigung zur Vertretung einer Genossenschaft in ihren prozessualischen Angelegenheiten läßt sich mit einem gewöhnlichen Prozeßmandate nicht auf völlig gleiche Linie stellen, sondern trägt insofern einen eigenthümlichen Charakter an sich, als dieselbe regelmäßig zugleich mit andern Befugnissen durch specielle statutarische Bestimmungen einem in bestimmter Weise zu wählenden und zu legitimirenden Vereinsorgan ertheilt zu werden pflegt. Daß solche Bestimmungen in den mittelst Decretes vom 30. Juli 1861

Ges.= und Verordn.=Bl. vom J. 1861 S. 145

*) Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XIII, S. 376.

bestätigten, zu den Acten nicht beigebrachten Statuten des Vereins, als dessen Vertreter der Kläger sich gerirt, gleichfalls enthalten seien, darf man ohne Weiteres annehmen. Mit Rücksicht auf diese singuläre Natur der Legitimation erscheint es aber durchaus gerechtfertigt, dem in dem Executionsprozesse klagend auftretenden Repräsentanten eines Vereines sogleich bei der Klaganstellung den urkundlichen Nachweis seiner Berechtigung zu dieser Repräsentation anzusinnen. Wenn das Executionsgesetz vom 28. Februar 1838 in §. 86 zur Einleitung des Executionsprozesses erfordert, daß der Grund des klagbar gemachten Anspruches aus öffentlichen, des Anerkenntnisses nicht bedürfenden Urkunden vollständig erhelle, so ist diesem Erfordernisse da, wo es an dem eben bezeichneten Nachweise fehlt, nicht allenthalben Genüge geschehen. Denn zur vollständigen thatsächlichen Begründung eines Anspruches, welcher für einen mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Verein auf dem Wege der Klage zur Geltung gebracht werden soll, ist auch eine nähere Darlegung des Sachverhältnisses nicht zu entbehren, aus welchem das Vertretungsbefugniß der im Namen des Vereines die richterliche Hülfe anrufenden physischen Person unzweideutig hervorgeht. Mit dem Grundsatze: legitimatio ad processum fit judici ist die obige Ansicht nicht, wie der Kläger meint, unvereinbar. Derselbe besagt nur soviel, daß der Richter ebenso berechtigt wie verpflichtet ist, die Prozeßlegitimation selbstständig und unabhängig von den Einwendungen der Parteien Amtshalber zu prüfen. Er schließt mithin für den Richter keineswegs die Füglichkeit aus, unter geeigneten Umständen den vorhandenen Mangel dieser Legitimation als ein jedem gerichtlichen Vorschreiten entgegenstehendes Hinderniß zu betrachten. Im Uebrigen aber beruht es außer Zweifel, daß auch die Gegenpartei in Fällen der vorliegenden Art ein wohlbegründetes Interesse hat, über die Ermächtigung des Klägers, den bezüglichen Verein in dessen Rechtsstreitigkeiten zu vertreten, genaue Auskunft und Nachweisung zu erhalten.

16.

Die Anmeldung des Bürgen wegen einer eventuellen Regreßforderung an den Cridar beim Concurse muß spätestens im Liquidationstermine erfolgen.

II. Sen.-Erk. vom 22. Febr. 1870 no. 46/59.

Die sächsische Praxis hat sich dafür entschieden, daß, wenn der Gläubiger nicht selbst die verbürgte Forderung beim Concurse des Hauptschuldners anmeldet, der Bürge, obschon dessen Regreßanspruch zum Theil auf einer anderen Grundlage beruht, dieselbe liquidiren kann, gleichviel, ob er den Hauptgläubiger bereits befriedigt hat oder nicht, nur daß im letzteren Falle dessen Location nur eventuell, d. h. mit dem Vorbehalte zu erfolgen hat, daß er noch die seinerseits bewirkte Befriedigung des Gläubigers beibringe.

Günther, Com. de jure fidejussoris inter creditores obaerati debitoris in judicio nomen professi. Lips. 1842.

Dessen Concurs der Gläubiger S. 61 unter 8 (der 2. Aufl.).

Ist aber der Bürge zur Anmeldung berechtigt, so muß er dieselbe auch in dem hierzu bestimmten Liquidationstermine bewirken, wenn er nicht in den Rechtsnachtheil der Präclusion verfallen will.

17.

„Conventionalstrafe" wegen verzögerter Berichtigung einer Geldschuld kommt, gleich Zinsen (BGB. §. 673), im Concurs an deren Stelle zur Location.

II. Sen.-Erk. vom 16. Decbr. 1869 no. 825|867.

Daß es sich nicht um einen Hauptstamm, wie Kläger will, sondern um Zinsen handele, wie Beklagter erinnert, erscheint dem OAG. nicht zweifelhaft. Denn die Bl. angezogenen Schriftsteller,

Hommel, Rhaps. obs. 548,

Günther, Concurs S. 121,

handeln nicht von solchen Conventionalstrafen, welche wegen verspäteter Leistung von Fungibilien, insbesondere Zahlung von Geldsummen als interesse morae bedungen worden sind, da dergleichen

zu ihrer Zeit, insofern sie den gesetzlichen Zinsfuß überstiegen, ungültig waren.

Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1848 S. 265 flg.

Daß derartige Verträge dermalen gültig sind, kann an deren rechtlicher Natur Etwas nicht ändern, und da die Stipulation Bl. zweifelsohne lediglich den Zweck hat, eine Leistung auszubedingen, welche der Cridar als Schuldner einer Summe Geldes für die dem Kläger als Gläubigern entzogene Benutzung derselben nach Verhältniß des Schuldbetrags und der Zeitdauer der Benutzung zu gewähren hat, eine solche Leistung aber in §. 673 des BGB.'s mit klaren Worten als Zinsen definirt wird, so kann auch ungeachtet des Namens Conventionalstrafe der betreffende Anspruch nur als ein Zinsanspruch (interesse morae) gelten, welcher nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist. Diese gehen aber eben dahin, daß ein Zinsenanspruch nur an der in der Erl.PO. ad Tit. L. vorgezeichneten Stelle,

Hommel, Flavius, ed. III, s. v. Concurs S. 134.

unter der Voraussetzung zur Befriedigung gelangen könne, daß nach Befriedigung der in den Classen zu locirenden Posten noch Etwas übrig bleibt.

18.

Der Erbauer des Grundstücks auf fremdem Grund und Boden hat, wenn der Concurs das jus tollendi nicht ausüben läßt, den Anspruch wegen der Bereicherung als Masseforderung.

II. Sen.-Erk. vom 30. Dczbr. 1869 no. 890/895*).

Zwar wird nach §. 286 des BGB.'s, wie schon nach dem früheren Rechte, ein auf fremdem Grund und Boden errichtetes

*) Kläger hatte vom Cridar dessen vom Hauptgrundstück zu dismembrirendes Fabrikgrundstück gekauft und übergeben erhalten, auch ein Pochwerk darauf erbaut. Er war aber, als der Concurs ausbrach, noch nicht Civilbesitzer und konnte es nicht werden. Er wollte sein Pochwerk wegreißen, allein der Curator widersprach. Nach der Subhastation verlangte er nach Verhältniß der Taxen antheilige Befriedigung wegen des Zeitwerthes aus den Erstehungsgeldern und obtinirte in III[a].

Gebäude mit seiner Errichtung Bestandtheil des Grund und Bodens, auf dem es errichtet wurde. Allein der Eigenthümer des Grund und Bodens hat, dafern er dem Erbauer des Gebäudes nicht auf Verlangen dessen Wiederwegnahme gestatten will, für letzteres nach §. 287 des BGB.'s, wenn er im redlichen Glauben war, soweit er bereichert ist, wenn er im unredlichen Glauben war, vollen Ersatz zu leisten. Hiernach kann es nun keinem erheblichen Zweifel unterliegen, daß der R.'sche Concurs, da derselbe Klägern die Ausübung des jus tollendi verweigert, letzteren wegen des fraglichen Pochwerks entschädigen muß. Die betreffende Verbindlichkeit stellt sich aber als eine sogenannte Masseschuld dar. Denn die zu gewährende Entschädigungssumme ist als ein Aequivalent dafür, daß das jus tollendi nicht ausgeübt worden, beziehentlich als Kaufpreis für die Ueberlassung des errichteten Gebäudes, gegen dessen Mitversteigerung Kläger protestirt und eventuell appellirt hatte, aufzufassen.

19.

Ueber das privilegium exigendi des Fiscus in Bezug auf Forderungen aus einem Dienste oder aus einer Verwaltung oder Einnahme, die dem Gemeinschuldner für denselben übertragen worden.

II. Sen.-Erk. vom 20. Jan. 1870 no. 930|945 von 1869*).

Die Generalschmelzadministration der Königl. Hüttenwerke hat zum Vertriebe der in den fiscalischen Hüttenwerken erlangten Producte im Jahre 1861 ein besonderes Handelsgeschäft errichtet und unter der Firma: „Handelsbureau“ in das Handelsregister eintragen lassen. Dieses Handelsbureau ressortirte als fiscalische Anstalt zunächst von der Generalschmelzadministration und stand in

*) Der Fiscus hatte bei B.'s Nachlaßschuldenwesen sieben verschiedene Posten im Betrage von zusammen 64,315 Thlr. 11 Ngr. 5 Pf. mit dem Verlangen auf prioritätische Location, theils aus einer Caution, theils vermöge des sog. privilegii exigendi angemeldet. Ueber die Stellung B.'s giebt der erste Abschnitt obiger Rationen Auskunft, wogegen die Gesichtspunkte für Beurtheilung des Vorzugsrechts im ferneren Verlauf derselben erörtert sind.



höchster Instanz unter Aufsicht des Ministerium der Finanzen. Bei demselben wurde A. F. Br. durch Dienstvertrag vom 28. November 1862 als Disponent (auch Director genannt) und Handelsbevollmächtigter (nicht als Procurist) angestellt. Seine Vollmacht ging dahin, den Verkauf sämmtlicher bei den fiscalischen Hüttenwerken ausgebrachten Producte und Fabricate (mit Ausnahme des Goldes und Silbers), sowie die Einkäufe der Erze, Gekrätze und Betriebsmaterialien zu besorgen. Außerdem soll er nach der Behauptung des fiscalischen Anwalts zu Einhebungen von Geld und zum Quittiren darüber, insbesondere aber durch eine besondere Verordnung des Finanz-Ministeriums vom 6. December 1865 sowohl für die Vergangenheit, als auch für die Zukunft zu Eingehung von Wechselverbindlichkeiten und überhaupt zu Wechseloperationen für den Staatsfiscus ermächtigt und am 5. December 1862 beim Oberhüttenamte in Eid und Pflicht genommen worden sein. Er hatte für gewissenhafte Erfüllung seiner Dienstpflichten eine Caution von 3000 Thlr. zu erlegen (§. 6 des Dienstvertrags), zugleich war ihm aber nach §. 4 des Dienstvertrags verstattet, neben seiner Function als Disponent des fiscalischen Handelsbureau auf eigne Rechnung ein Banquiergeschäft in F. zu betreiben; nur schrieb §. 4 des Dienstvertrags vor, daß er für dieses Banquiergeschäft ein eignes, den Geschäften des Handelsbureau fernstehendes Personal anzunehmen habe.

Dieser Dienstvertrag wurde nach §. 7 vorläufig und versuchsweise auf das Jahr 1863 abgeschlossen, sodann aber nach Ablauf dieser Zeit stillschweigend bis zu Br.'s am 28. August 1866 erfolgtem Tode fortgesetzt.

Die Doppelstellung Br.'s, als Disponent und Handelsbevollmächtigter des fiscalischen Handelsbureau einerseits und als Inhaber eines auf eigne Rechnung betriebenen Banquiergeschäfts andererseits, scheint nun derselbe vielfach gemißbraucht zu haben, um sich in Besitz der im Handelsbureau befindlichen guten Wechselbriefe zu setzen, sie auf sich, als Banquier, zu giriren, sie für dieses sein Privatgeschäft zu verwerthen und den Erlös für sich zu behalten, dem Handelsbureau aber die zum Theil schlechten Wechsel, welche sich in seinem Banquiergeschäfte vorfanden, zuzuweisen, auch einzelne

Unterschlagungen, welche er als Disponent des Handelsbureau beging, zu verdecken und überhaupt gestützt auf das Vertrauen, welches ihm aus seiner Eigenschaft als Disponent des Handelsbureau auch für sein Banquiergeschäft zufloß, ein weitverbreitetes Speculationsgeschäft, welches schließlich als auf Schwindel beruhend sich erwies, zum großen Nachtheil seiner zahlreichen Gläubiger, länger, als muthmaßlich außerdem möglich gewesen sein würde, aufrecht zu erhalten.

Der wichtigste Streitpunkt, welcher in dritter Instanz zu prüfen und zu entscheiden ist, betrifft die zwischen dem Vertreter des Staatsfiscus einerseits und dem für diesen Prioritätsstreit aufgestellten procurator communis andererseits eifrig verfochtene und beziehentlich bestrittene Frage:

> ob der Staatsfiscus, da er im Handelsbureau Handelsgeschäfte betrieben und für dieses Handelsetablissement ein Folium im Handelsregister eröffnen lassen hat, das in §. 14 des Mandats vom 4. Juni 1829 geordnete persönliche Vorzugsrecht vor den übrigen Chirographariern für die obgedachten sieben Posten in Anspruch zu nehmen befugt sei.

Die erste Instanz und der procurator communis bezweifeln dies, indem sie von der Voraussetzung ausgehen, der Staat trete, wenn er ein Handelsgeschäft begründe und im Handelsregister eine Firma für dasselbe eintragen lasse, aus seiner privilegirten Stellung heraus und sei innerhalb seines Handelsbetriebes und bezüglich desselben, wie jede andere als Kaufmann anzusehende Privatperson zu behandeln, sowie denn auch überhaupt dem HGB. das Princip zu Grunde liege, durch Privilegien weder erweiterte, noch beengende Normen gestatten zu wollen. Die Grundsätze des öffentlichen Rechts, auf denen jenes Privilegium beruhe, ließen sich also auf ein derartiges, fiscalisches Handelsgeschäft nicht weiter anwenden. Br. sei eben deshalb blos als ein ganz gewöhnlicher Handelsbevollmächtigter in einem Handelsgeschäfte, dessen Principal der Staat sei, zu behandeln, als solcher sei er blos engagirt worden und er könne demnach, zumal er nur „vorläufig und versuchsweise" angestellt worden, nicht unter die Grundsätze derjenigen öffentlichen Beamten und Verwalter, welche das Gesetz vom 4. Juni 1829 vor Augen habe, gestellt werden.

Diese Argumentationen haben einigen Schein für sich, allein bei näherer Erwägung stellen sie sich dennoch als irrig dar.

Wenn der Staat gewerbmäßig Handel treibt, so ist er zwar innerhalb des Geschäftsbetriebes und in Verhältniß zu denen, welche in dieser Richtung mit ihm in Geschäftsverhältniß treten, nach §. 4 des HGB.'s als Kaufmann zu behandeln.

Hahn, Commentar zum HGB. Th. I, S. 13.
Endemann, das deutsche Handelsrecht §. 13, II, S. 65.
Anschütz u. von Völderndorff, Commentar zum ADHGB. Bd. I, zu §. 4 S. 38 flg. unter e.

Dies berührt jedoch blos die Seite des Geschäftbetriebs nach außen hin, d. h. der Staat, welcher gewerbmäßig Handel treibt, unterliegt ebenso, wie der Privatkaufmann, den handelspolizeilichen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, muß im Verkehre mit seinen Kunden und Geschäftsfreunden dieselben handelsrechtlichen Grundsätze, z. B. über die Dispositionsstellung, das Retentionsrecht und dergleichen gegen sich gelten lassen, welche das HGB. für den Handelsverkehr überhaupt vorgeschrieben hat, und auch sein Hülfspersonal, seine Procuristen, Handelsbevollmächtigten, Reisenden u. s. w. nach außen hin und im Verkehre mit der Handelswelt in derselben Weise aufstellen und vertreten, wie jeder andere Privatkaufmann.

Dies Alles bezieht sich aber nicht auf die persönlichen Rechte, welche dem Staate als juristischer Person in Beziehung auf seine Diener, Beamten und Verwalter zustehen. Diese beruhen auf dem öffentlichen Rechte, werden vom HGB. nicht berührt und können als persönliche Rechte nicht weiter verloren gehen, wenn der Staat in einzelnen Branchen Kaufmann wird, als insoweit das HGB. es vorschreibt.

Das Letztere enthält aber keine Vorschrift, welche dem Staate, wenn er gewerbsmäßig Handel treibt, die persönlichen Rechte gegen seine Diener entzieht. Ueberhaupt wird das Vorzugsrecht des Fiscus, wie es in dem Gesetze vom 4. Juni 1829 geordnet ist, vom HGB. nicht betroffen. Das gedachte Recht ist ein Privilegium des Staates nicht gegen diejenigen, mit denen er Handelsgeschäfte eingeht, sondern gegen seine Diener und Beamten, denen er die Verwaltung des fiscalischen Handelsetablissements anvertraut hat. Es

enthält ein Recht gegen seine Diener, welches, wie in der Natur des Privilegiums liegt, eine Beschränkung der Diener enthält und den Credit derselben zu schmälern geeigenschaftet ist. Es wirkt auch nur in den Concursen dieser Diener und Beamten des Staates. Auf den Concurs bezieht sich aber mit wenigen hierher nicht gehörigen Ausnahmen das HGB. nicht. Außerdem enthält dasselbe sogar einzelne Andeutungen, aus denen sich schließen läßt, daß es die öffentlichen Privilegien des Staates, auch wenn er Handelsgeschäfte treiben sollte, aufrecht erhält.

In Art. 5 Abs. 2 des HGB.'s ist gesagt:

> Dieselben (d. h. die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen) gelten auch in Betreff der „öffentlichen Banken" in den Grenzen ihres Handelsbetriebes, „unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen."

Was unter diesen für die öffentlichen Banken bestehenden Verordnungen zu verstehen ist, hat zwar nicht besondern Ausdruck gefunden allein es ist leicht einzusehen, daß damit die persönlichen Privilegien gemeint sind, welche derartigen Instituten, seien sie nun von Privatpersonen oder vom Staate begründet, beigelegt werden. Bei den Verhandlungen über Art. 5,

> Lutz, Protocolle zum ADHGB. Bd. III, S. 1260,

ist es ausdrücklich hervorgehoben worden, daß es ein neuer Grund für die ausdrückliche Erwähnung der öffentlichen Banken im HGB. sei, weil rücksichtlich der Banken die Gültigkeit der gerade für sie in der Regel bestehenden, das allgemeine Recht in einzelnen Punkten modificirenden Verordnungen vorbehalten werden mußte.

Den Gegensatz hierzu bildet die Vorschrift in Art. 6 Abs. 2 des HGB.'s, wo bestimmt ist, daß eine Handelsfrau in Betreff ihrer Handelsgeschäfte auf die in einzelnen Staaten geltenden Rechtswohlthaten der Frauen sich nicht berufen darf. Hier hat man also die Rechtswohlthaten der Ehefrauen bei Handelsfrauen auszuschließen für nöthig erachtet, während bei den öffentlichen Banken des Staates die besondern Verordnungen vorbehalten sind.

Mag man auch diesen Andeutungen im HGB. schon ihrer Unbestimmtheit halber ein durchgreifendes Gewicht für die vorliegende Frage nicht beilegen, immerhin ist dennoch soviel gewiß, daß das

HGB. durchaus nichts enthält, wodurch dem Fiscus, wenn er Handelsgeschäfte betreibt, das Privilegium auf ein Vorzugsrecht im Concurse seiner Diener und Beamten, welche er zur Verwaltung eines bestimmten Handelsetablissements bestellt hat, entzogen worden wäre, sowie man ja auch kaum einen Zweifel darüber haben kann, daß, wenn ein Handlungsgeschäft einem Unmündigen durch Erbschaft zufällt und nach §. 50 und flg. der provisorischen Gerichtsordnung in nichtstreitigen Rechtssachen vom 9. Januar 1865 durch den Vormund fortgeführt werden soll, dem Minderjährigen im Concurse des Vormundes das in §. 14 pct. 1 des Gesetzes vom 4. Juni 1829 geordnete persönliche Vorzugsrecht wegen etwaiger Vertretungen, welche der Vormund bei Verwaltung des Handlungsschäfts sich aufgebürdet hat, zustehen dürfte, obschon der Unmündige in diesem Falle unter die Kategorie der Kaufleute zu stellen ist und in dem Handelsbetriebe den Grundsätzen des HGB.'s unterliegt.

Nach allgemeinen Grundsätzen muß man demnach annehmen, daß auch dem Staate das erwähnte Privilegium in den Concursen seiner Diener, denen er die Verwaltung eines Handelsetablissements anvertraut hat, durch das HGB. und durch den bloßen Umstand, daß für dieses Geschäft ein Folium im Handelsregister eröffnet worden, nicht entzogen worden ist. Im Auslande sind für staatliche Handelsgeschäft, z. B. für die Hypotheken- und Wechselbank in München und für die Kgl. Bayerische Bank in Nürnberg, ebenfalls Folien im Handelsregister angelegt worden, ohne daß etwas davon verlautet, daß dadurch dem Staate die mit diesen Bankinstituten verbundenen Privilegien entzogen worden seien.

Anschütz und von Völderndorff, Commentar zum HGB. zu Art. 5 Nr. 4 Bd. I, S. 49.

Wenn in dem vorliegenden Falle in thatsächlicher Beziehung noch eingewendet wird, daß die fiscalischen Hüttenwerke zwar im Namen des Staats, jedoch nicht auf dessen alleinige Rechnung, sondern in der Maße betrieben würden, daß der Reinertrag zur Hälfte dem Staate, zur andern Hälfte aber den Bergwerken, welche sich zum Theile im Eigenthume von Gewerkschaften, also von Privatpersonen, befänden, gebühre, so ist schon von der vorvorigen Instanz dagegen

ganz mit Recht bemerkt worden, daß die Hüttenwerke dessenungeachtet ausschließliche Staatsanstalt seien und auch das zum Vertriebe der in denselben erzeugten Fabrikate eingerichtete Handelsbureau ausschließlich auf dem Namen des Staatsfiscus stehe, indem der Letztere als alleiniger Inhaber desselben im Handelsregister eingetragen sei. In der That kommt es auf die Art der Verwendung der Erträgnisse einer solchen Staatsanstalt, auf die Vertheilung der Reinerträge nicht an, indem der Staat manche andere Verwaltungen führt, welche nicht einzig sein Interesse, sondern das Interesse von Privatpersonen (z. B. bei Depositen, Stiftungen u. s. w.) betreffen. Die Forderungen des Handelsbureau stehen dessenungeachtet dem Staate allein zu und wenn derartige Forderungen gegen das bei dem Handelsbureau angestellte Dienstpersonale aus deren Dienste, Verwaltung oder Einnahme herrühren, so kann dem Staate auch aus Anlaß des gedachten Vertheilungsmodus der Reinerträgnisse das fiscalische Vorzugsrecht in den Concursen seiner Diener weder ganz, noch theilweise abgesprochen werden.

Was die Stellung Br.'s zum Handelsbureau anlangt, so ist bereits oben bemerkt worden, daß er durch besonderen Vertrag als Disponent und Handelsbevollmächtigter angestellt war, Caution für pflichtgetreue Verwaltung und Geschäftsführung geleistet hatte und sogar noch besonders in eidliche Pflicht genommen worden sein soll. Da die Hüttenwerke ebenso wie das damit in Verbindung gebrachte Handelsbureau unzweifelhaft eine Staatsanstalt sind, so kann man nicht bestreiten, daß Br. im Dienste des Staates stand und, wenn er auch nicht Staatsdiener im engern Sinne des Staatsdienergesetzes vom 7. März 1835 war, dennoch den fiscalischen Verwaltungsbeamten beigezählt werden muß. Das fiscalische Vorzugsrecht des Gesetzes vom 4. Juni 1829 muß also dem Staate gegen den Concurs Br.'s um so gewisser zur Seite stehen, je weniger das letztgedachte Gesetz zwischen öffentlichen und eigentlichen Staatsdienern und solchen Personen, welche dem Staate nur zu besonderen einzelnen, mehr privatrechtlichen Zwecken dienen, unterscheidet. Auch der Umstand, daß Br.'s Anstellung beim Handelsbureau nur „vorläufig und versuchsweise" erfolgte, ändert an der Sache nichts, da wirklich ein dauerndes Dienstverhältniß zunächst zwar blos auf das

Jahr 1863 begründet, hernach aber bis zu Br.'s im Jahre 1866 eingetretenem Tode fortgesetzt wurde.

Der §. 14 des Gesetzes vom 4. Juni 1829 sagt nun ausdrücklich:

> Hiernächst soll künftig im Concurse folgenden Gläubigern ein persönliches Vorzugsrecht vor den chirographarischen Creditoren zustehen ꝛc., 4. dem landesherrlichen Fiscus ꝛc. ꝛc. wegen Forderungen aus einem Dienste, oder aus einer Verwaltung oder Einnahme, die dem Gemeinschuldner für denselben übertragen gewesen.

Hieraus erhellt deutlich, daß das fiscalische Vorzugsrecht nicht wegen aller und jeder Contractsforderungen, welche der Staat gegen einen seiner Diener erwirbt, begründet ist, sondern sich auf solche Ansprüche beschränkt, welche aus dem Dienste der Verwaltung oder der Einnahme des betreffenden Dieners entspringen und darin ihren Grund haben.

Dies ist für den vorliegenden Fall von ganz besonderer Wichtigkeit, weil Br. neben seinem Dienste als Disponent und Handelsbevollmächtigter des fiscalischen Handelsbureau auch noch auf eigne Rechnung ein Banquiergeschäft als Privatmann betrieb. Die Doppelstellung Br.'s bringt Unklarheit und Unsicherheit in die thatsächlichen Verhältnisse und Zweifel in die rechtliche Beurtheilung der angemeldeten Ansprüche, umsomehr, da Br. seine Eigenschaft als Disponent des fiscalischen Handelsbureau zu Gunsten seines Banquiergeschäfts ausgebeutet zu haben scheint und bei einzelnen Posten z. B. unter Nr. III und VII Andeutungen dafür vorliegen, daß das Handelsbureau in besondere Geschäfte mit Br. als Banquier sich eingelassen habe.

Dies Alles ist aber, wie gedacht, thatsächlich unklar und es erscheint daher ganz gerechtfertigt, wenn die vorige Instanz dem Vertreter des Staatsfiscus zunächst den Beweis aufgelegt hat, daß die angemeldeten Forderungen aus der dienstlichen Stellung Br.'s als Disponent des Handelsbureau der königlich sächsischen Hüttenwerke zu F. erwachsen seien.

20.

Bedungene Verzinsung einer Liedlohnforderung führt allein nicht auf eine Novation (BGB. §. 1001) hin.

II. Sen.-Erk. vom 3. Mai 1870 no. 228/256.

Daraus, daß der Gläubiger sich Verzinsung seiner rückständigen Liedlohnforderung versprechen läßt, folgt an sich noch keineswegs mit Nothwendigkeit, daß nach der Absicht und Willensmeinung der Interessenten die ursprüngliche Natur der Forderung sich habe ändern, namentlich die Forderung in eine Darlehnsforderung habe umgewandelt werden sollen, denn für jede rückständige Forderung können Zinsen bedungen und versprochen werden, ohne daß deshalb das Wesen der Forderung im Mindesten sich ändert.

Schweppe, Das System des Concurses der Gläubiger §. 80, S. 160 der 3. Ausg.

Reinhardt, Ordnung der Gläubiger im Concurse §. 84 und 103, S. 91 und 116.

Um im gegenwärtigen Falle ohne Weiteres die Annahme eines Neuerungsvertrags im Sinne von §. 1001 des BGB.'s und die Schlußfolgerung zu rechtfertigen, daß die M.'schen Erben den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung jenes Theiles ihrer Forderung als einer Liedlohnforderung aufgegeben und verloren hätten, müßten, wenn auch nicht ausdrückliche, die Absicht, die Forderung in eine Darlehnsforderung zu verwandeln, bekundende Erklärungen, wie sie in dem in der

Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XXVII, S. 53 flg. Nr. 23

veröffentlichten Falle abgegeben gewesen, doch jedenfalls noch ganz andere, weit bestimmter auf eine derartige Novation hinweisende thatsächliche Momente vorliegen, als sie bis jetzt hervorgetreten sind.

---

*) Vergl. diese Annalen N. F. Bd. I, S. 240.

Civilrecht.

19.

Actio de in rem verso auf Grund der Bereicherung durch Eigenthumserwerb in Folge inaedificatio. — BGB. §. 287.

III. Sen.-Erk. vom 23. März 1871 no. 30/29.

Die Bedenken, welche Beklagte als Consequenzen der in voriger Instanz gewonnenen Anschauung aufgestellt, sind nicht zutreffend, da der vorliegende Fall ein ganz anderer ist, als die sind, welche Beklagte fingirt. Nach der Klagbeantwortung handelt es sich weder darum, daß das Haus, in welches Klägers Baumaterialien verwendet worden, von ihr einem Baumeister in Accord gegeben worden, und beziehentlich von ihr das Accordquantum berichtiget sei, noch darum, daß sie das Grundstück mit dem bereits darauf erbauten Hause erkauft habe, sondern lediglich darum, daß der Ehemann der Beklagten das betreffende Haus auf dem ihr eigenthümlich zugehörigen Areal angeblich „für seine Rechnung" erbaut habe. (Anmerkung zu pct. lit. c. 8.) Ist dies aber der Fall und die Verneinung Pct. lit. 9, 10, daß Beklagter Ehemann nicht in ihrem Auftrage das Haus erbaut habe, gerechtfertigt, so hat sie das Haus und das darein verbaute Material kraft des §. 286 des BGB.'s eigenthümlich erworben, ist jedoch nach §. 287 insoweit zum Ersatz pflichtig, als sie bereichert ist.

Commentar zu §. 287. II, Ausg. Bd. I, S. 294.

Bereichert ist sie aber im Zweifel um den Werth derjenigen Baumaterialien, welche ihr Ehemann in das Haus verwendet hat. Daß nun Kläger die in der Klagbeifuge A verzeichneten Hölzer zu verabredeten Preisen an den Bauplatz geliefert hat, beziehentlich, daß solche auf solchen geschafft worden sind, ist im 14. und 16. Einl.-Puncte zugestanden und nur die Verwendung in das Haus streitig, was durch den in zweiter und dritter Instanz conform erkannten Eid (über welchen also, ebenso wie darüber, daß, im Fall Beklagte das delatum zu schwören nicht vermag, sie das volle Libellat zu bezahlen hat, Rechtskraft vorliegt) entschieden wird. Müßte

aber Beklagte die Verwendung zugestehen, so ist sie eben auf Kosten des Klägers bereichert, da sie nicht allein nicht behaupten können, daß ihr Ehemann den Kaufpreis an Klägern bezahlt habe, sondern sogar aus dem auf ihren Antrag herbeigezogenen Wechselfascikel erhellt, daß der von ihrem Ehemanne dem Kläger für den nicht bezahlten Kaufgelderrest gegebene Wechsel von jenem nicht berichtigt worden ist. Wäre übrigens auch letzteres nicht liquid, so würde Beklagte doch gegen den etwaigen gleichen Anspruch ihres Ehemannes auf Grund §. 287 gesichert sein, da es die Sache dieses, welcher als Ehemann der Proceßvollmacht beigetreten ist, gewesen wäre, für die entsprechende Vertheidigung der Beklagten, wenn thunlich, nach Befinden interveniendo, zu sorgen.

20.

Zur Lehre von der auctoris nominatio. — „Inhaber" in §. 295. des BGB.'s — Die Bestimmung des Art. 211 des DHGB.'s hindert nicht, daß der Stellvertreter einer noch nicht eingetragenen Actiengesellschaft für letztere in der Inhabung von Mobiliar ist, also diese als auctor benennen könne.

II. Sen.-Erk. vom 21. März 1871 no. 169|174 *).

A.

Nach dem §. 295 des BGB.'s kann die Eigenthumsklage gegen jeden Inhaber angestellt werden, welcher die Sache dem Eigenthümer vorenthält. Wie aus dem Zusatze „jeden" hervorgeht, ist der Ausdruck „Inhaber" in der weitesten Bedeutung zu nehmen. Zunächst nämlich giebt es zwei Arten von Inhabern, erstens solche, welche die Sache körperlich inne haben und dieselbe an den Eigenthümer herausgeben können, zweitens solche, welche die Sache zwar nicht körperlich inne haben, von welchen aber im Rechte angenommen wird, daß sie den Inhabern, in Beziehung auf die Verbindlichkeit zur Herausgabe der Sache an den Eigenthümer, gleichstehen. Die erste Art der Inhaber umfaßt sowohl Diejenigen,

*) Die Prozeßgeschichte des Falles s. unten S. 236 fg. unter D.

welche die Sache mit dem Willen, an der Sache für sich Eigenthum auszuüben (s. g. animus domini), sei es rechtmäßig oder nicht, in redlichem oder bösem Glauben, innehaben (§§. 186, 187, 188 des BGB.'s und dazu Commentar Bd. I, S. 207 flg., ed. II.), als auch Diejenigen, welchen der s. g. animus domini fehlt, welche aber die Sache in fremdem Namen (alieno nomine) z. B. als Entleiher (Commodatare), Miether oder Pachter, Verwahrer (Depositare), Stellvertreter u. s. w. inne haben. (§§. 186, 200, 201, 202, 203 des BGB.'s und dazu Commentar Bd. I, S. 210 und S. 216 flg.) Zu der zweiten Art der Inhaber gehören Diejenigen, welche den Besitz der Sache in betrügerischer Absicht aufgegeben haben (qui dolo malo possidere desierunt, man vergl. §. 304 des BGB.'s) und Diejenigen, welche zwar die Sache nicht inne haben, dessen ungeachtet aber zugestehen, deren Inhaber zu sein (qui liti se obtulerunt, man vergl. §§. 299, 304 des BGB.'s). Insoweit stimmt das BGB. mit dem römischen Rechte (man vergl. die Ausführung in Hugo Donellus, comment. juris civilis ed. Koenig-Buchert. XII, pag. 501 sq.) überein.

B.

Wird die Eigenthumsklage (rei vindicatio und publiciana in rem actio) wider Denjenigen angestellt, welcher die Sache im fremden Namen inne hat, so liegt in der Natur der Sache, daß der Beklagte nicht nöthig hat, sich mit dem Kläger in einen Streit über das Eigenthum der Sache einzulassen, dessen ungeachtet aber, wenn er Denjenigen nennt, in dessen Namen er inne hat, nicht ohne Weiteres zur Herausgabe der Sache an den Kläger verurtheilt werden kann, weil er dadurch nicht von den contractlichen Verbindlichkeiten, welche er Demjenigen gegenüber hat, in dessen Namen er besitzt, bestreit werden würde, wenigstens, um sich davon zu befreien, den Beweis führen müßte, daß Derjenige der Eigenthümer gewesen wäre, welchem er die Sache herausgegeben hätte. In dieser Rücksicht auf den Beklagten hat die auctoris nominatio, welche sich von der litis denunciatio darin unterscheidet, daß sie die Sicherstellung des im fremden Namen besitzenden Beklagten gegen Ansprüche des Dritten bezweckt, während die litis denunciatio zur Sicherstellung der Ansprüche des in eigenem Namen besitzenden

Beklagten an den Dritten, z. B. an den Verkäufer der Sache, dient, ihren Entstehungsgrund.

Die auctoris nominatio gestaltete sich nach römischem Rechte so: dem Beklagten wurde auf sein Verlangen eine Frist gestattet, innerhalb deren er Demjenigen, von welchem er die Sache erhalten hatte, von dem Eigenthumsstreite Anzeige machen konnte; verweigerte der Nominat den Beitritt zu dem Streite, so wurde er der Vortheile des Besitzes verlustig; zwar hatte er das Recht, die Sache, auch nach deren Herausgabe an den Kläger, zu vindiciren, aber er mußte hierbei die Rolle des Klägers übernehmen, während der (erste) Kläger, namentlich in Beziehung auf die Beweislast, die Vortheile des Beklagten genoß. (l. 2 Cod. ubi in rem act.)

Die Erl.P.O. ad tit. XIV, §. 3 enthält folgende hierher gehörige Vorschrift:

„Und wie hiernächst von der Litis-Denunciation die Nominatio auctoris gar merklich unterschieden; also soll nicht minder diese letztere, wenn Beklagter dasjenige, darum er belangt wird, nicht für sich selbst, sondern von eines andern wegen inne hätte, bald Anfangs und noch vor dem ersten Termino, bei 5 oder 10 Thalern Strafe, von ihm bewerkstelligt, und hierauf ohne ferneren Beweis, der Nominatus, wenn die actio in foro rei sitae angestellt, statt des Beklagten, wo nicht dessen eigen factum concurrirt, zur Einlassung und Antwort vorgeladen, oder, da in foro domicilii geklagt worden, der Kläger an des Nominati ordentliches forum verwiesen werden."

„Würde nun hierauf dieser, daß ihm die geklagte Sache zugehöre, negiren, ist der Nominans zu deren Restitution, ohne ferneren Anstand und Prozeß zu verurtheilen, auch da er hierunter gefährlicher Weise gehandelt, zu Erstattung derer Unkosten anzuhalten und noch hierüber willkührlich zu bestrafen."

Gegen diese Vorschrift ergeben sich eine Menge Zweifel, welche schwer zu lösen sind und auch in der Praxis nicht ihre Erledigung gefunden haben, z. B. ob die nominatio auctoris lediglich bei der Eigenthumsklage (rei vindicatio und publiciana in rem actio) oder auch bei der Negatorien- und Confessorienklage, vielleicht sogar bei der persönlichen Klage (actio in personam) statt habe? ob sie

auch nach dem ersten Termine zu jeder Zeit erfolgen könne, wenn der Beklagte sich der angedrohten Strafe unterwerfe, oder ob sie wenigstens an die für den Einlassungs= und Exceptionssatz festgesetzte Frist gebunden sei? ob der Nominatus, wenn er den Prozeß nicht an der Stelle des Beklagten übernimmt, nur der Rechte des Besitzes, oder auch seines Eigenthums an der Sache verlustig werde? wie es denkbar sei, daß, wäre die auctoris nominatio auf die Eigenthumsklage zu beschränken, nicht vor dem forum rei sitae, sondern vor dem forum domicilii geklagt worden sein könnte? was geschehen solle, wenn der Nominatus zwar zugesteht, daß der Beklagte in seinem Namen besitzt, aber den Prozeß zu übernehmen verweigert?

C.

So war der Stand der Gesetzgebung in der Lehre der s. g. nominatio auctoris vor dem BGB. Letzteres giebt dem Beklagten das Recht, sich durch die Nennung Desjenigen, in dessen Namen er besitzt, von der Klage zu befreien, im §. 320 bei der Eigenthumsklage, im §. 324 bei der Negatorienklage und im §. 584 bei der Confessorienklage, im Wesentlichen in ganz gleicher Weise, mit dem einzigen Unterschiede, daß in den §§. 324 und 534 auch der im §. 320 nicht erwähnte Fall mit berücksichtigt wird, wo der Beklagte sich einer Culpa schuldig gemacht hat, welche ihn zum Schadenersatz verpflichtet.

Soviel insbesondere die auctoris nominatio bei der Eigenthumsklage (rei vindicatio und publiciana in rem actio) betrifft, so enthält der §. 320:

> Wer die Sache in fremdem Namen inne hat, kann die Eigenthumsklage von sich abwenden, wenn er Denjenigen nennt, in dessen Namen er Inhaber ist, und dieser den Rechtsstreit an seiner Stelle übernimmt,

zwar nur eine materielle Bestimmung, es versteht sich jedoch von selbst, daß dadurch auch die oben angezogene Stelle der Erl.P.O. ad tit. XIV, §. 3 insoweit abgeändert worden ist, als sie in der Regulirung des prozessualen Verfahrens auf dem materiellen Rechte beruht.

Commentar Bd. I, S. 3. not. 1, ed. II.

Hiernach gelten über die auctoris nominatio nachstehende Grundsätze:

1. Die auctoris nominatio fällt unter den Begriff einer Einrede, weil der Beklagte, wenn er die Innehabung der Sache zugesteht, ohne zu erwähnen, daß in er fremdem Namen besitzt, nach den §§. 298, 299, 304 unter der Voraussetzung zu verurtheilen ist, daß der Kläger sein Eigenthum an der Sache oder seinen Publicianischen Besitz beweist.

2. Da die auctoris nominatio eine auf ein thatsächliches Anführen gestützte Einrede wider die Eigenthumsklage bildet, so kann der Beklagte mit der Behauptung, daß er in fremdem Namen besitzt, nur bis zu dem Zeitpunkte gehört werden, bis zu welchem er nach den Vorschriften des Prozesses Exceptionen vorzuschützen berechtigt ist.

3. Hat der Beklagte Denjenigen, in dessen Namen er besitzt, innerhalb der für die Einreichung des Exceptionssatzes gesetzten Frist benannt, so ist der benannte Dritte zur Einlassung und Antwort auf die Klage unter den gewöhnlichen Präjudizien vorzuladen und zwar ohne Unterschied, ob der Beklagte einen ausdrücklichen Antrag darauf gerichtet hat, oder nicht, weil der §. 320 des BGB.'s der auctoris nominatio nur dann eine rechtliche Wirkung beilegt, wenn der auctor nominatus den Rechtsstreit an der Stelle des Beklagten übernimmt.

4. Der Fall, auf welchen die Erl.V.O. ad tit. XIV, §. 3 Rücksicht nimmt, daß die Eigenthumsklage vor dem forum domicilii des Beklagten angestellt wird und der Kläger an das forum domicilii des auctor nominatus zu verweisen ist, kann nach dem BGB. nicht vorkommen, weil, wenn man selbst annähme, es hätte der Kläger die Wahl, ob er die Eigenthumsklage in dem forum rei sitae (dieses gilt nämlich nach der im §. 10 des BGB.'s angenommenen richtigen Ansicht nicht blos bei Grundstücken, sondern auch bei beweglichen Sachen) oder in dem forum domicilii des Beklagten anstellen wollte, doch der auctor nominatus auch dann, wenn die Eigenthumsklage vor dem forum domicilii des Beklagten anhängig gemacht worden wäre, den Prozeß vor diesem forum zu übernehmen hätte, wenn er durch seinen Beitritt bewirken wollte,

daß der Beklagte aus dem Prozesse entlassen würde und er, der auctor nominatus, an dessen Stelle den Prozeß fortstellen könnte.

5. Verweigert der auctor nominatus die Uebernahme des Prozesses an der Stelle des Beklagten, so findet die Schlußbestimmung des oben angegebenen §. der Erl.PO. Anwendung. Uebernimmt der auctor nominatus den Prozeß an der Stelle des Beklagten und wird er verurtheilt, so verbindet die gegen ihn eingetretene res judicata auch den Beklagten.

D.

In dem vorliegenden Falle fordert der Spar- und Vorschußverein in Burkhardtswalde von dem Beklagten, dem Dr. phil. Ernst S. in Weesenstein, die Herausgabe mehrerer in der Klage näher bezeichneter beweglicher Gegenstände, unter dem Anführen, daß er, der Kläger, im Monat August 1869 diese Gegenstände nebst einigen andern hier nicht in Frage stehenden, von dem damaligen Eigenthümer der Pappenfabrik in Weesenstein, dem Polizeirath Christian Herrmann M., gekauft und gegen baare Zahlung des Kaufpreises übergeben erhalten, jedoch hierauf seinem Verkäufer leihweise überlassen habe und daß der Beklagte, welcher im Herbste des Jahres 1869 die angegebene Pappenfabrik nebst Inventar gekauft und tradirt erhalten, auch die dem Kläger eigenthümlich gehörigen und dem Polizeirath M. nur leihweise überlassenen, in der Pappenfabrik befindlichen Gegenstände an sich genommen und noch gegenwärtig inne habe. Noch vor dem Termine zu Güte und Recht zeigte der Beklagte Bl. 29b flg. an, daß, soweit er sich in der Inhabung der vindicirten Gegenstände befinde, er nicht für sich und in seinem Namen, sondern für die am 15. September 1869 constituirte Actien-Papierfabrik zu Weesenstein und in deren Namen besitze, indem diese Gegenstände von dem früheren Eigenthümer der Fabrik mit dieser als Zubehör derselben an die gedachte Actiengesellschaft verkauft und übergeben worden seien, daß er sich daher der prozeßhindernden Einrede der Nennung des Urhebers (auctorio nominatio) bediene und dem Prozeßgericht anheimgebe, hierauf allenthalben das Erforderliche nach Maßgabe der Prozeßgesetze zu verfügen. Nichtsdestoweniger kam es zu dem Termine zu Güte und Recht. In demselben erschien nach Bl. 30b der

Kläger durch seinen Sachwalter und der Beklagte mit seinem Rechtsbeistande, dem Advocat H. aus Dresden. Der Beklagte bezog sich auf seine am Tage vorher eingereichte auctoris nominatio und der Advocat H. erklärte, daß er als Mitglied des Directoriums der Actien-Papierfabrik an der Stelle des Beklagten in den Prozeß eintrete, falls der Kläger den Beklagten aus den Prozesse entlasse. Der Sachwalter des Klägers war jedoch nicht bereit, den Beklagten sofort zu entlassen, behielt sich vielmehr seine Erklärung vor. Der Beklagte reichte Bl. 33 flg. einen Einlassungs- und Exceptionssatz ein und wiederholte an dessen Spitze die vorgeschützte prozeßhindernde Einrede der auctoris nominatio, zu deren Begründung er im Wesentlichen auf das in seiner schriftlichen Eingabe Gesagte Bezug nahm. Nach der zu den Acten gebrachten Resolution Bl. 45b trug das Prozeßgericht Bedenken, dem rechtlichen Verfahren den Fortgang zu lassen, bevor der Kläger sich über die auctoris nominatio des Beklagten ausgesprochen hätte. Dasselbe erforderte daher zunächst von dem Kläger die noch rückständige Erklärung über den im Termine gemachten Vorschlag des Advocat H., als Vertreters der Weesensteiner Actien-Papierfabrik. Der Kläger erklärte Bl. 49, daß er den Beklagten nicht aus dem Rechtsstreite entließe, und motivirte dies Bl. 52 flg. insbesondere damit, daß der Beklagte die Weesensteiner Papierfabrik in seinem Namen gekauft und daher mit der Behauptung, daß er die vindicirten Gegenstände im Namen der Actiengesellschaft erworben und besessen habe, um so weniger zu hören sei, als diese sogar zur Zeit der Anstellung der Klage noch gar nicht als Actiengesellschaft bestanden, sondern erst am 20. Januar 1870 im Handelsregister eingetragen worden und nach der Vorschrift des Art. 211 des ADHGB.'s erst von dieser Zeit an fähig gewesen sei, Besitz und Eigenthum zu haben. Das Prozeßgericht hielt an seiner Meinung fest, daß die Entscheidung der Frage, ob der Kläger den Erklärungen des Beklagten und der Weesensteiner Actiengesellschaft gegenüber verbunden sei, die Entlassung des Beklagten aus dem Prozesse zu bewilligen, für den Fortgang des Prozesses präjudiciell sei, und beraumte zu der Entscheidung dieser Frage nach Bl. 70b flg. einen Inrotulations- und Publicationstermin an. Die Parteien wechselten

Schriften, in welchen jedoch irgend etwas thatsächlich Neues nicht enthalten ist. Die erste Instanz erkannte in ihrem Bescheide Bl. 89 flg., es bewende bei der Erklärung des Beklagten, in fremdem Namen zu besitzen, der Kläger habe den Beklagten aus dem Prozesse zu entlassen, er werde mit seiner Klage an die competente Gerichtsbehörde der benannten Urheberin verwiesen und er sei die durch den Präjudicialstreit erwachsenen Kosten dem Beklagten zu erstatten verbunden. Hiergegen appellirte der Kläger und die zweite Instanz erkannte Bl. 110 flg. reformatorisch dahin, es habe die von dem Beklagten erklärte Nennung der Weesensteiner Actiengesellschaft, als Besitzerin der in der Klage geforderten Gegenstände, nicht statt, es sei dem wider den Beklagten eingeleiteten Prozesse sein Fortgang zu belassen und demgemäß mit der Zufertigung der Bl. 33 flg. zu lesenden Einlassung an den Kläger, sowie sonst den Prozeßgesetzen gemäß zu verfahren, auch habe der Beklagte die durch den Präjudicialstreit entstandenen Kosten dem Kläger zu erstatten. Wider dieses Urtheil hat der Beklagte Bl. 126b appellirt und auch die Weesensteiner Actienfabrik hat, nachdem ihr in Folge der Anweisung des Oberappellationsgerichts Bl. 136 flg. das zweite Urtheil nachträglich publicirt worden ist, innerhalb der zehntägigen Frist der Appellation des Beklagten insoweit, als die Beschwerden gemeinschaftlich sind, adhärirt.

Nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts ist von dem Prozeßgerichte in der Leitung des Prozesses insofern gefehlt worden, als die Frage, ob der Kläger den Beklagten mit Hinsicht auf die Bl. 29 flg. geschehene auctoris nominatio aus dem Prozesse zu entlassen habe, oder nicht, zur rechtlichen Entscheidung ausgesetzt worden ist. Allerdings hatte das Prozeßgericht darüber Entschließung zu fassen, ob die als Urheberin benannte Actiengesellschaft zur Einlassung und Antwort auf die Klage zu laden wäre. Aber dies hätte durch eine bloße Resolution geschehen sollen. Der Streit zwischen dem Kläger und der Actiengesellschaft, ob der Beklagte aus dem Prozesse zu entlassen wäre, wenn die als Urheberin benannte Actiengesellschaft den Prozeß an dessen Stelle übernähme, war ein ganz nutzloser, weil die Actiengesellschaft nicht das Recht hatte, die Uebernahme des Prozesses an der Stelle des Beklagten davon ab-

hängig zu machen, daß der Kläger den Beklagten aus dem Prozesse entließe, und der Kläger, wenn die auctoris nominatio in Ordnung war und der auctor nominatus den Prozeß an der Stelle des Beklagten übernahm, nicht verlangen konnte, daß der Beklagte fort und fort an dem Prozesse Theil nähme und schließlich auch für seine Person verurtheilt oder von der Klage entbunden und losgezählt würde. Dieser Fehler in der Prozeßleitung ist jedoch dadurch sanirt worden, daß die Parteien einen Widerspruch dagegen nicht erhoben, und sich sogar damit stillschweigend einverstanden erklärt haben, daß nicht sowohl über die zur Entscheidung ausgesetzte Frage, sondern vielmehr über die Statthaftigkeit der auctoris nominatib entschieden worden ist.

Soviel nun die Frage betrifft, ob die auctoris nominatio Bl. 29 flg. und 33 flg. für statthaft anzusehen sei, so ist bisher noch nirgends bemerkt worden, daß der Beklagte Bl. 29b und Bl. 33 nur insoweit auctorem nominirt hat, als er sich in der Inhabung der vindicirten Gegenstände befinde oder befunden habe. Hiermit brachte er in die auctoris nominatio eine Unbestimmtheit, welche gegen die Statthaftigkeit derselben Bedenken zu erregen geeignet war. Denn es beruht außer allem Zweifel, daß der Beklagte zu der auctoris nominatio nur insoweit berechtigt ist, als er die Inhabung der vindicirten Gegenstände zur Zeit der erhobenen Eigenthumsklage zugesteht. Diese Lücke hat jedoch der Beklagte durch seine Einlassung ausgefüllt, indem er Bl. 36b sich darauf bezogen hat, daß die vindicirte Decimalwage und der vindicirte Treibriemen, welcher letzterer ein Theil des zu der Fabrik gehörigen Maschinenwerks gewesen sei, bei einem in der Nacht vom 17. zum 18. November 1869 in der Fabrik stattgefundenen Schadenfeuer mit verbrannt seien. Die auctoris nominatio kann sich daher nur auf die übrigen Gegenstände beziehen, während die Fragen, ob sich die angegebenen zwei Gegenstände noch zur Zeit der Klaganstellung in der Inhabung des Beklagten befunden haben und ob, wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, der Beklagte wegen Verschuldung oder wegen Verzuges dem Kläger Schadenersatz zu leisten habe, ob namentlich in dem Nachtrage zu der Klage Bl. 20 flg. insoweit ein ausreichender Klaggrund enthalten sei, nur auf das

Verhältniß des Klägers zu dem Beklagten Einfluß haben. Es ist auch völlig unbedenklich, zwischen den vindicirten Gegenständen insoweit zu unterscheidet, weil, wenn in einer und derselben Klage mehrere einzelne Gegenstände vindicirt werden, dies so zu betrachten ist, als ob so viele Vindicationen cumulirt seien, als einzelne Gegenstände vindicirt werden.

Commentar zum BGB. Bd. I, S. 106 flg. und S. 212 zu §. 191, ed. II.

Die zweite Entscheidung differirt von der ersten insofern, als jene die auctoris nominatio des Beklagten für unstatthaft erklärt, diese dagegen dieselbe für statthaft angesehen hat. Der Grund dieser Verschiedenheit der beiden Erkenntnisse liegt darin, daß die erste Instanz angenommen hat, es sei sehr wohl möglich, daß der Beklagte im Namen der Weesensteiner Papier-Actiengesellschaft auch schon vor deren Eintragung in das Handelsregister besessen haben könne, die zweite Instanz dagegen von der Ansicht ausgegangen ist, es habe die gedachte Actiengesellschaft nach dem Art. 211 des ADHGB.'s erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister Rechtsfähigkeit erlangt, und es lasse sich die Behauptung des Beklagten, daß er die vindicirten Gegenstände schon vorher im Namen der Actiengesellschaft inne gehabt habe, nicht von einer Inhabung im Namen der damals noch gar nicht vorhanden gewesenen Actiengesellschaft, sondern lediglich von einer Inhabung verstehen, welche der Beklagte mit Rücksicht auf die damals projectirte Actiengesellschaft, im Namen der zu diesem Zwecke als Gründungscomite zusammengetretenen Personen, unter welchen er sich selbst mit befunden, erworben und fortgesetzt habe.

Man kann anscheinend nicht ohne Grund bezweifeln, daß, wenn der Beklagte auctorem nominirt, vor der Verfügung darauf überhaupt untersucht werden müsse, ob der benannte auctor auch in der That Derjenige sei, in dessen Namen der Beklagte besessen habe, indem der Kläger kein Interesse daran hat, ob er den Beweis seines Eigenthums dem Beklagten oder dem auctor nominatus gegenüber führt, und wenn der Beklagte in der Absicht, den Prozeß hinzuziehen, wider die Wahrheit einen Dritten als Denjenigen be-

nennt, in dessen Namen er besitzt, die Schlußbestimmung des §. 3 der Crl.PO. ad tit. XIV. nur eine Strafe für angemessen hält. In jedem Falle ist der Ansicht der ersten Instanz Bl. 89b flg. beizutreten, daß der Art. 211 des ADHGB.'s (es ist dieser Artikel, wie beiläufig zu bemerken, in dem Bundesgesetze, betreffend die Commanditgesellschaften auf Actien und Actiengesellschaften vom 11. Juni 1870 mit einem Zusatze wiederholt worden) nur von dem Verhältnisse zwischen Demjenigen, welcher im Namen der noch nicht eingetragenen Gesellschaft contrahirt, und dem Dritten, mit welchem der Contract geschlossen wird, handelt, dagegen auf das Verhältniß zwischen dem Stellvertreter der Gesellschaft und dieser selbst nicht zu beziehen ist. In dem letzteren Verhältnisse ist es sehr wohl denkbar, daß der Stellvertreter im Namen der Gesellschaft, welche erst später in das Handelsregister eingetragen wird, und zwar ohne Unterschied, ob er sich bei dem Erwerbe des Besitzes dem Dritten gegenüber als Stellvertreter zu erkennen gegeben hat, oder nicht, besitzen kann. Denn für die Frage, ob Jemand in seinem oder im fremden Namen besitzt, ist lediglich der Wille des Besitzers entscheidend.

Wenn aber die zweite Instanz Bl. 113b flg. ein entscheidendes Gewicht auch noch darauf legt, daß der Beklagte nach seinem eigenen Geständnisse bei dem Erwerbe des Grundstücks, in welchem sich die von dem Kläger vindicirten Gegenstände befunden haben, dem Verkäufer gegenüber als Käufer aufgetreten und sogar in dem Grund- und Hypothekenbuche als Eigenthümer des Grundstücks eingetragen worden sei, so erledigt sich dies, weil der Kläger in seiner Klage nicht das Grundstück oder einen Bestandtheil dieses, sondern Gegenstände vindicirt, welche, wenn sie selbst zu dem Inventar der Fabrik gehört haben sollten, ihre Eigenschaft als bewegliche Sachen nicht verloren hätten.

Commentar Bd. I, S. 108 flg., insbesondere S. 112 flg., not. 1.

E.

Obschon aus den zu D entwickelten Gründen dem Ausspruche der ersten Instanz, daß die auctoris nominatio des Beklagten für statthaft zu achten sei, beizutreten ist, so hat hat man doch die erste Entscheidung Bl. 90 im Uebrigen nicht für richtig gehalten. Insbesondere kann der Kläger nicht verurtheilt werden, den Be-

klagten aus dem Prozesse zu entlassen, weil, wie bereits oben gezeigt worden ist, die auctoris nominatio sich nicht auf die sämmtlichen Gegenstände bezieht, welche der Kläger vindicirt, und, soweit dieselbe reicht, von einem Ausscheiden des Beklagten aus dem Prozesse nur erst dann die Rede sein könnte, wenn der auctor nominatus den Prozeß an seiner Stelle bereits übernommen hätte. Ebensowenig erscheint es zutreffend, wenn die erste Instanz den Kläger mit seiner Klage an die competente Gerichtsbehörde der Weesensteiner Actiengesellschaft verweist. Denn nicht zu gedenken, daß dies nur dann geschehen könnte, wenn die Klage nicht vor dem forum rei sitae angestellt worden wäre, so schlägt hier das oben zu C no. 4 Gesagte ein.

Zur Zeit kann nur interlocutorisch auf Vorladung der Weesensteiner Actiengesellschaft zur Einlassung und Antwort auf die Klage in Gemäßheit der Erl.P.O. ad tit. XIV. §. 3 erkannt werden. Das weitere Verfahren wird sich darnach richten, ob die Actiengesellschaft den Prozeß an der Stelle des Beklagten übernimmt, oder nicht. Indessen mag hier nochmals darauf aufmerksam gemacht werden, daß über die Einlassung des Beklagten Bl. 33b flg. wenigstens insoweit, als die Klage darin verneint worden ist, künftig, nach abgesetztem Verfahren, mit zu entscheiden sein wird.

21.

Miteigenthum oder Servitut an dem die Grenze zweier Grundstücke bildenden Raine? — BGB. §. 336.

II. Sen.-Erk. vom 6. Mai 1870 no. 229/274.

Durch das in voriger Instanz allenthalben bestätigte Erkenntniß erster Instanz ist einfach auf Beweis des Grundes der erhobenen Klage, soviel dem Kläger davon verneint worden, erkannt worden. Scheinen insoweit die Dispositionen beider Erkenntnisse übereinzustimmen, so weichen dieselben gleichwohl, wie aus den denselben beigegebenen Gründen erhellt, in wesentlichen Beziehungen von einander ab. Denn, während die erste Instanz auf Grund der in §. 366 des BGB.'s aufgestellten Rechtsvermuthung die Frage nach dem vom Kläger bei p. l. c. 29 behaupteten Miteigenthum der Parteien an

dem zwischen den Parcellen Nr. 336 und Nr. 337 des Flurbuchs für O. sich hinziehenden, von dem Kläger als Rain bezeichneten Rasenrande für erledigt ansieht und nur die von dem Kläger bei p. l. c. 40 behauptete Breite dieses Raines, sowie die bei p. l. c. 41 behauptete zeitherige Benutzung desselben von Seiten Klägers als in Streit befangen und deshalb des Beweises bedürftig erachtet, geht die zweite Instanz im Gegentheil davon aus, daß in Berücksichtigung der sonst hier in Frage kommenden und von dem Kläger selbst angeführten besonderen Thatumstände weder nach der Beschaffenheit des fraglichen Rasenrandes als eines Raines auf Grund der in §. 366 des BGB.'s aufgestellten Präsumtion, noch nach der bei p. l. c. 41 behaupteten zeitherigen Benutzung des betreffenden Grund und Bodens ein Miteigenthum Klägers an demjenigen, angeblich in der Breite von 1½ Ellen sich hinziehenden Theile desselben, welcher von seinem, des Klägers, Grundstücke aus über die bei p. l. c. 32 gedachten 4 Rainsteine hinaus nach Beklagtens Parcelle Nr. 337 zu gelegen ist, in Frage kommen könne, und daß daher, wenn man gleichwohl dem Kläger auf Grund seiner Behauptung (bei p. l. c. 40) den Beweis des gemeinsamen Eigenthums nachgelassen habe, dies lediglich auf der Voraussetzung beruhe, daß derselbe für diese seine Behauptung noch andere Thatsachen, als die dermalen nach Inhalt der Klage geltend gemachten, an- und ausführen werde.

Die gegenwärtige Instanz vermag nun weder der Auffassung der ersten Instanz, noch auch allenthalben der der zweiten Instanz beizutreten. Mit der letzteren stimmt man allerdings in der Auslegung der in §. 366 des BGB.'s enthaltenen gesetzlichen Vorschrift im Wesentlichen überein. Das Gesetz bestimmt hier und zwar im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit den schon zeither von der Praxis befolgten Grundsätzen,

Annalen des OAG.'s A. F. Bd. IV, S. 517.

Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XXII, S. 179 flg.

daß Raine, welche sich auf der Grenze benachbarter Grundstücke befinden, als gemeinschaftliches Eigenthum der Nachbarn zu betrachten seien; es macht jedoch von dieser Regel für den Fall eine Ausnahme, wenn sich aus der Art der Anlage selbst etwas Anderes

ergiebt. Das Gesetz stellt somit für den Zweifelsfall eine Rechtsvermuthung für die Gemeinschaftlichkeit des Eigenthums der Adjacenten auf, wogegen es dem Gegner den unter Umständen sofort aus der Beschaffenheit der betreffenden Anlage selbst zu entnehmenden Nachweis des Gegentheiles ausdrücklich vorbehält. Man ist nun ferner auch mit der vorigen Instanz darüber einverstanden, daß hier ein solcher Ausnahmefall, in welchem die gesetzliche Präsumtion durch die Beschaffenheit der Anlage selbst ausgeschlossen wird, schon nach demjenigen, was von dem Kläger selbst über die factischen Verhältnisse in der Klage angeführt worden ist, angenommen werden muß. Man legt in dieser Hinsicht schon auf dasjenige, was Kläger bei p. l. c. 42 und 43 über die zeitherige Theilung der Nutzungen des Grasrandes angeführt hat, namentlich aber darauf Gewicht, was derselbe bei p. l. c. 32—38 über das Vorhandensein von Grenzsteinen, welche zweifellos factische und reale Theilung des betreffenden Grund und Bodens zu kennzeichnen bestimmt gewesen, einräumt. Die von dem Kläger eingewendete Appellation stellt sich schon hiernach als unerheblich dar. Dagegen hat Kläger, — und darin weicht die Auffassung der gegenwärtigen von der der vorigen Instanz ab — auf andere thatsächliche Momente, aus denen er ein zwischen ihm und Beklagtem in Betreff des sich zwischen den Parzellen Nr. 336 und Nr. 337 hinziehenden Landstreifens bestehendes gemeinsames Eigenthum abzuleiten gemeint sei, sich nicht bezogen. Daß der streitige Rand nicht in seiner ganzen Breite zu der angeblich im Eigenthume Klägers befindlichen Parcelle Nr. 366 gehörte, ist unumwunden eingeräumt und folgt ohne Weiteres aus dem Vorhandensein der ihrer Lage nach unbestrittenen und nach Klägers eigner Angabe bei p. l. c. 33 von beiden Grenznachbarn gemeinsam, und somit voraussetzlich zu dem Zwecke einer gegenseitigen Abgrenzung ihrer Eigenthumsverhältnisse gesetzten Grenzsteine. Eben so wenig ist darauf Bezug genommen worden, daß der auf der Seite des Beklagten liegende Theil des Grenzstreifens dermalen eine besondere Flurparcelle oder ein im Grundbuche besonders eingetragenes Grundstück bilde und daß Kläger und Beklagter als gemeinschaftliche Eigenthümer desselben in dem letzteren eingetragen seien. Abgesehen von dem Falle des §. 366 des BGB.'s und dem in §. 365 erwähnten einer Ungewißheit der

gegenseitigen Grenzen würde aber von einem Miteigenthum der Adjacenten an dem streitigen Theile des Grasrandes und von einer darauf zu gründenden Eigenthumsklage nur unter den Voraussetzungen des §. 276 des gedachten GB.'s die Rede sein können. Von alledem ist in der erhobenen Klage nichts enthalten. Im Gegentheile giebt dieselbe ihrer gesammten Anlage nach sattsame Auskunft darüber, daß Kläger, wenn er bei p. l. c. c. anführt, daß sich der streitige Rain im gemeinsamen Eigenthum der Civilbesitzer der Parcellen Nr. 336 und 337 befunden habe und noch befinde, dies lediglich und ausschließlich aus der hier, wie gezeigt, nicht einschlagenden, in §. 366 des BGB.'s aufgestellten Präsumtion abzuleiten gemeint gewesen sei.

Wenn man gleichwohl der Appellation des Beklagten ungeachtet nicht zu einer Abweisung der erhobenen Klage gelangt ist, so beruht dies auf folgenden Erwägungen.

Das Klaggesuch geht zwar in seinem ersten Theile auf Anerkennung des Miteigenthums Klägers an dem zwischen den mehrerwähnten Flurparcellen befindlichen Raine und es mag auch nicht bestritten werden, daß, wenn Kläger weiter beantragt hat, daß Beklagter verurtheilt werde, „den Rain, soweit er denselben im Herbste 1868 und beziehentlich im April 1869 umgeackert und umgehackt, sammt den darauf befindlichen Grenzsteinen wieder in den vorigen Stand zu setzen, und sich bei 20 Thlr. Strafe für jeden Zuwiderhandlungsfall, jeder Störung Klägers in Benutzung desselben und namentlich beim Gehen, Reiten und Fahren mit Schiebeböcken und mit mit Zugvieh bespannten Wagen darauf, sowie bei Bewirthschaftung seines Nachbargrundstücks zu enthalten", er dies in der Voraussetzung gethan habe, ein solches Anverlangen schon auf Grund der Qualität jenes Grasrandes als eines unter die mehrbesagte gesetzliche Präsumtion fallenden Raines stellen zu können. Dies erscheint jedoch nur als eine, wie gezeigt, irrige Rechtsanschauung Klägers, welche der Aufrechterhaltung des erhobenen Anspruchs insoweit, als derselbe durch andere, von dem Kläger gleichzeitig mit geltend gemachte Thatsachen begründet wird, nicht entgegensteht. Derartige Anführungen sind nun, wie auch die vorige Instanz anerkennt, — das Eigenthum Klägers an der Parcelle Nr. 336 vorausgesetzt — in den Anführ-

ungen der Klage bei p. l. c. 40 und 41 zu finden. Denn, die Wahrheit dieses Vorbringens vorausgesetzt, würde Kläger ein servitutisches Befugniß, den fraglichen Rain in der dort angegebenen Weise fortzubenutzen, erworben haben und auf Grund desselben im Zweifel in Gemäßheit der Vorschriften in §. 326, beziehentlich in §. 563 und 565 des BGB.'s für berechtigt anzusehen sein, den Beklagten an der Vornahme solcher Veränderungen, wie bei p. l. c. 45—51 behauptet, und von dem Beklagten in wesentlichen Beziehungen zugestanden worden sind, zu verhindern. Die Schlußbestimmung in §. 520 des BGB.'s steht dieser Auffassung nicht entgegen, da, auch abgesehen von der Bestimmung in §. 571 desselben Gesetzbuchs und von der nicht zweifellosen Frage, ob und unter welchen Umständen die Ersitzung eines servitutischen Rechtes an einer im Miteigenthume befindlichen Sache überhaupt von Seiten eines Miteigenthümers denkbar sei,

Commentar zum BGB. Bd. I, S. 452 der 2. Ausg.

die Behauptung eines Miteigenthums Klägers an dem angeblich dienenden Grundstücke, wie gezeigt, lediglich auf einer irrigen Auslegung der Vorschrift in §. 366 des BGB.'s, beziehentlich auf einer irrigen Beurtheilung der von dem Kläger selbst geltend gemachten Sachverhältnisse beruht. Für die richterliche Beurtheilung des libellirten Anspruchs können aber der Natur der Sache nach nur die letzteren maßgebend sein.

Unter diesen Umständen war auch von diesem Gesichtspuncte aus zunächst nur auf Beweis des Klaggrundes zu erkennen. Selbstverständlich bezieht sich jedoch diese Beweisaufgabe lediglich auf diejenigen ins Leugnen gestellten Theile des Klagvorbringens, welche in Gemäßheit der Vorschrift in §. 565 des BGB.'s die Existenz eines dinglichen Rechtes Klägers an dem fremden Eigenthume zu begründen geeignet sind. In wie weit dagegen Beklagter im Falle des Gelingens dieses Nachweises, dem Klaggesuche gemäß, zu verurtheilen sein wird, muß der künftigen Definitive festzustellen überlassen bleiben.

22.

Nothweg? — BGB. §. 345 flg. — Weg zu Anfuhre von Baumaterial. — BGB. §. 350.

II. Sen.-Erk. vom 12. Mai 1870 no. 253|294 *).

Das OAG. hat den Gründen im Wesentlichen beizupflichten, aus denen die vorige Instanz in Hinblick auf die Bestimmungen der §§. 345, 346 des BGB.'s gegen die Ansicht des Prozeßgerichts, zu Abweisung des Suchens des Klägers um Bestellung eines Nothwegs für sein Hausgrundstück über die Wiese der Beklagten, in der angebrachten Maße, gelangt ist. Es hat auch Kläger in der Deduction etwas Erhebliches nicht ausgeführt, indem an sich der Zugang zu einem Hausgrundstücke mittelst eines bequemen Fahrwegs nicht als ein unabweisliches Bedürfniß erscheint, in welcher Hinsicht sonst aber die Ansicht des Sachverständigen, „daß eine wirthschaftliche Benutzung des Hausgrundstücks des Klägers in Mangel eines genügenden Verbindungsweges durchaus beeinträchtigt sei“, auf rechtliche Beachtung Anspruch habe, nicht zu ersehen ist. Insbesondere kann die Erlangung eines bequemen Weges zu Anfuhre von Brennmaterial mittelst eines mit Zugvieh bespannten Wagens nicht ohne Weiteres auf Grund des §. 345 cit. verlangt werden, da im Zweifel dieses Material vermittelst Tragen, Schiebeböcken oder Handwagen auf den vorhandenen Wegen befördert werden kann.

War daher in soweit zu bestätigen, als Kläger die Bestellung eines Nothwegs im Sinne des §. 345 cit. (einer sog. servitus necessaria) fordert, so erschien doch eine Erläuterung, beziehentlich Abänderung des vorigen Urthels in Hinblick auf §. 350 des BGB.'s in Betreff der Anfuhre von Baumaterialien erforderlich.

Kläger hatte nämlich als nächste Veranlassung zu dem Gesuche um Bestellung einer „nothwendigen Servitut“ die Unmöglichkeit be-

*) Die Differenz war von der ersten Instanz in Form eines Bescheides zur Entscheidung gebracht und es hatte daher die zweite, wie die dritte Instanz diese beibehalten. — Das Urthel wurde in IVta bestätigt.

zeichnet, „einen jetzt nothwendig gewordenen Bau auszuführen". Liegt diese Unmöglichkeit vor, indem nur über des Nachbars Boden die Herbeiführung der Baumaterialien bewerkstelligt werden kann, so ist der Nachbar solches nach §. 350 cit. zu dulden schuldig. Daß nun auf dem dermaligen regelmäßigen Zugange zu Klägers Haus Baufuhren, namentlich solche mit Langholz, nicht gemacht werden können, ist vom Sachverständigen zur Genüge bestätigt worden und es erhellt aus dessen Gutachten, beziehentlich aus den Ergebnissen der Localbesichtigung zugleich, daß diese Fuhren nur über Beklagter Areal ins Werk gesetzt werden können.

Ist nun zwar zunächst hierunter ein richterliches Einschreiten in dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nicht wie in dem Falle des eigentlichen Nothwegs,

Commentar zum BGB., 2. Ausg., Bd. I, S. 336 zu §. 347,

sofort, sondern erst dann erforderlich, wenn das Vorgehen eines Bauenden auf Grund des §. 350 durch den Widerspruch des Eigenthümers des belästigten Grundstücks zu rechtlichen Verwickelungen Anlaß bietet, so erscheint es doch in Folge des bereits vorliegenden Widerspruchs der Beklagten angemessen, die Eventualitäten dieses Conflictes zu regeln. Da nun zwar nach §. 350 cit. für eine solche vorübergehende Benutzung fremden Areals nicht eigentlich eine Entschädigung im Sinne des §. 345 cit. — ein so zu sagen mit Rücksicht auf die dauernde Belastung des dienenden Grundstücks im voraus normirter Bodenzins — auszuwerfen, jedoch ein etwa erwachsender Schaden zu ersetzen ist, gleichwohl aber Beklagte wenigstens dieses eventuellen Schadens halber Caution fordern kann,

Motiven zu §. 350 cit.,

Commentar a. a. O. S. 337,

so war der entsprechenden Thätigkeit des Richters in dem Falle, wenn von einem oder dem andern Theile, oder von beiden diesfallsige Anlangen erfolgen sollten, im Urthel*) vorsorglich Erwähnung zu thun.

---

*) Im Urthel war deshalb ausgesprochen:
Es ist Beklagte geschehen zu lassen schuldig, daß Kläger die zu Herstellung seines Hausbaues erforderlichen Baumaterialien auf einem bedürfenden Falles, nach vorgängiger Cautionslegung Seiten des Klägers

23.

Mitbenutzungsrecht des Eigenthümers der dienenden Sache in gleicher Maße, wie der Berechtigte — §. 527 des BGB.'s — nur durch qualificirte Verjährung ausschließbar — Adminicula servitutis der Wasserleitung.

II. Sen.-Erk. vom 4. Jan. 1870 no. 888/911 von 1869.

Aus der Vergleichsurkunde vom 18. März 1663 läßt sich, selbst wenn man annehmen wollte, daß sie den jetzt streitigen Brunnen betrifft, dennoch ein ausschließliches Recht des Klägers auf das in dem auf Beklagtens Grund und Boden entspringenden Brunnen enthaltene Wasser nicht ableiten. Im Eingange der Urkunde wird mit dem Worte „abziehen“ auf ein bloßes Wasserleitungsrecht durch eine Röhrenfahrt, welches vom Beklagten gar nicht bestritten wird und überhaupt nicht Gegenstand des gegenwärtigen Prozesses ist, nicht undeutlich hingedeutet und im weiteren Verlaufe der Urkunde ist dem Vorbesitzer des Klägers ausdrücklich nur „der Gebrauch dieses Brunnens“, also ein Recht an einer fremden Sache, eingeräumt worden.

Sowohl nach §. 527 des BGB.'s, als auch nach dem früheren Rechte,

Fr. 13, §. 1 D. comm. praed. VIII, 4,
const. 6 de servit. III, 34,
Puchta, Pandecten §. 178 in fine,

hat der Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks das Recht der gleichartigen Benutzung, soweit die Dienstbarkeit des Berechtigten dies zuläßt und soweit dieselbe nicht mit einem Verbietungsrechte gegen den Eigenthümer erworben ist. Daraus folgt, daß sowohl die Verstattung der Ableitung des fraglichen Brunnenwassers in das Gehöfte des Klägers mittelst einer Röhrenleitung, als auch der Umstand, daß Beklagter und seine Vorbesitzer bis in die neuere Zeit das darin sich ansammelnde Wasser für ihre Wirthschaft nicht benutzt zu haben scheinen,

---

wegen des für sie hieraus etwa entstehenden Schadens, Gerichtswegen über ihre Wiese von der Zwickau-Lengefelder Chaussee nach dessen Grundstück auszuweisenden Wege herbeiführe.

nicht dahin führen kann, den Beklagten von der Mitbenutzung des Brunnens, soweit des Klägers Recht dies zuläßt, auszuschließen. Die Mitbenutzung des Brunnenwassers von Seiten des Beklagten ist unter den Gesichtspunkt einer res merae facultatis zu stellen und wird daher durch den bloßen Nichtgebrauch, selbst wenn er über rechtsverwährte Zeit gedauert hätte, keineswegs, sondern nur durch qualificirte Ersitzung, also durch ein Verbot des Klägers und durch Beruhigung des Beklagten dabei während der Ersitzungszeit ausgeschlossen. Darauf aber hat sich Kläger nicht berufen.

Ferner ist das in der Klagschrift erwähnte Recht des Klägers, vermöge dessen er in wasserarmen Zeiten und wenn die Röhrenfahrt eingefroren oder sonst ungangbar gewesen sei, zu dem Brunnen selbst hingegangen sein und aus demselben unmittelbar geschöpft haben will, nicht genügend begründet, da dessen Ausübung blos für die Besitzzeit des Klägers und dessen nächsten Vorbesitzers behauptet worden ist, aus der Klage sich aber nur soviel ergiebt, daß Kläger erst seit 1864 Eigenthümer des berechtigten Grundstücks ist, während von der Besitzzeit seines Vorgängers überhaupt nichts verlautet, so daß man nicht ermessen kann, ob diese Rechtsausübung die Ersitzungszeit umfaßt. Nach dieser Sachlage ist also auch in dieser Richtung die Klage unschlüssig und man kann deshalb zur Zeit blos annehmen, daß einerseits dem Kläger nur diejenigen Berechtigungen zustehen, welche als Anhängsel seines Wasserleitungsrechtes,

Fr. 11 §. 1 D. communia praed. VIII, 4,

Fr. 1 pr. und §. 6 und 7 D. de rivis XLIII, 21 und

§. 526 des BGB.'s.

sich von selbst verstehen und ohne welche diese Grundberechtigung nicht ausgeübt werden kann, sowie daß andererseits der Beklagte sich aller solcher Verfügungen über die dienende Sache enthalten muß, durch welche die Dienstbarkeit gehindert oder gestört wird. Auch diese sogenannten adminicula servitutis sind nicht Gegenstand des jetzigen Prozesses.

24.

Zu §. 527 des BGB.'s — Recht des Servitutenpflichtigen zur Mitbenutzung der dienenden Sache. — Erklärungsregel des §. 813.

II. Sen.-Erk. vom 5. Mai 1870 no. 276|270.

Kläger will den Beklagten von der Benutzung des bei der ihm, Klägerm, zustehenden Wegegerechtigkeit in Betracht kommenden Grund und Bodens, soweit dessen Benutzung als Weg in Frage gelangen kann, gänzlich ausgeschlossen und demgemäß verurtheilt wissen. Das OAG. ist nun vor Allem darüber mit den vorigen Instanzen einverstanden, daß aus der Wortfassung des der Klage zu Grunde gelegten Vertrages ein Verbietungsrecht des vorbezeichneten Inhalts als dem Kläger eingeräumt sich nicht entnehmen lasse. Man tritt in dieser Beziehung der Auslegung bei, welche die erste Instanz den einschlagenden Vertragsbestimmungen gegeben hat. Könnte übrigens an der Richtigkeit dieser Auffassung noch gezweifelt werden, so würde die darnach noch anzunehmende Unklarheit der einschlagenden Vertragsbestimmungen nach den alsdann aushülfsweise anzuwendenden Erklärungsregeln in §. 813 des BGB.'s — welche den Grundsätzen des früheren Rechts entsprechen — zum Nachtheile des Klägers als Desjenigen, welcher aus jenen Bestimmungen ein Recht auf eine größere Leistung ableiten will, auszulegen sein und darnach das beanspruchte Verbietungsrecht dem Kläger immerhin nicht zugesprochen werden können.

Es ist somit nur noch zu fragen, ob die dem Kläger eingeräumte Dienstbarkeit der Natur der Sache nach die gleichartige Benutzung des fraglichen Areales als Weg — nur von einer solchen Benutzung ist im vorliegenden Prozesse überhaupt die Rede — zulasse. Diese Frage ist, auch nach Ansicht des OAG.'s, zu bejahen. Es ist dem Kläger zuzugeben, daß nach allgemeinen im §. 527 des BGB.'s zum Ausdruck gelangten Rechtsgrundsätzen die Benutzung der dienenden Sache in der durch die Servitut gegebenen Art vor Allem dem Servitutenberechtigten zusteht und daß der Eigenthümer an jener Benutzung nur soweit die Servitut sie nicht ausschließlich in Anspruch nimmt und der

Servitut unbeschadet, Theil nimmt. Allein es ist nicht abzusehen, wie gegenwärtig durch Anwendung dieses Satzes ein günstiger Erfolg für Klägern herbeigeführt werden soll, es ist nicht abzusehen, wie dadurch, daß dem Kläger vertragsmäßig gestattet worden ist, den in Frage befangenen, Beklagtem zugehörigen Feldstreifen in der Bl. angegebenen Weise zu benutzen, um auf sein, Klägers, Feld zu gelangen, (welche Befugniß der Kläger immer wiederum in Gemäßheit der in §. 524 enthaltenen allgemeinen Regel, mit möglichster Schonung des an sich unbeschränkten Eigenthums Beklagtens auszuüben hat) Beklagter von der gleichartigen Benutzung jenes Streifens als Weg ausgeschlossen sein sollte.

Nur in dem einen Falle, wenn Beklagter, bei sonst ordnungsmäßiger Ausübung der Dienstbarkeit Seiten Klägers, die gleichzeitige Benutzung des Feldstreifens an der nämlichen Stelle, an welcher Kläger dieselbe als Weg benutzt, beanspruchen oder beim (gleichzeitigen) Zusammentreffen mit Klägerm hinsichtlich des Passirens des Wegetracts nicht Klägerm in der Wegebenutzung den Vorzug lassen, beziehentlich nicht demselben durch Ausbiegen auf sein, Beklagtens Grundstück, ausweichen wollte, würde eine Collision der Berechtigung Klägers mit den in der Eigenschaft Beklagtens als Grundeigenthümer liegenden Befugnissen vorhanden sein, welche dadurch zu erledigen sein würde, daß Beklagter in den hier hervorgehobenen Beziehungen dem Kläger, als dem Servitutenberechtigten, nachstehen müßte. In diesem Sinne ist die einschlagende Disposition in §. 527 des BGB.'s aufzufassen.

Siebenhaar, Commentar &c. ed. II zu §. 527, Bd. I, S. 432.

Auf eine derartige Prätension, beziehentlich Störung Seiten Beklagtens, hat sich aber Kläger, welcher nur angeführt hat, daß Beklagter auf dem fraglichen Grundstücksstreifen gefahren sei, behufs der thatsächlichen Begründung seiner Klage nicht berufen.

Wenn Kläger endlich auch jetzt wieder darauf zurückgekommen ist, daß die Contrahenten bei Schließung des unter C der Klage beigefügten Vertrags beabsichtigt hätten, dem Vorbesitzer Klägers das ausschließliche Verfügungsrecht — das Eigenthum — an dem oftgedachten Feldstreifen einzuräumen und daß nur, um den Auf-

wand eines kostspieligen Dismembrationsverfahrens zu vermeiden, das Rechtsverhältniß in einen sogenannten Grunddienstbarkeitsvertrag eingekleidet worden sei, so hat Kläger übersehen, daß die Fassung des Vertrags von einer solchen Absicht der Contrahenten etwas nicht erkennen läßt und daß sonstige thatsächliche Umstände, welche auf eine derartige, nicht zu vermuthende Absicht hinweisen, zu Begründung der auf Eid gestellten Klage nicht geltend gemacht worden sind.

25.

Der Ehemann ist nicht nur zu Einklagung der seiner Ehefrau zukommenden Auszugsrückstände, sondern auch zu Ausführung des Rechts darauf, befugt. — BGB. §. 630. — Buttermaß? — Gesetz v. 12. März 1858.

II. Sen.-Erk. vom 18. Jan. 1870 no. 906|948 von 1869.

Nach älterem Sächsischen Rechte:
Const. 25 G. III von 1572 und
Bekanntm. des OAG.'s vom 2. Oct. 1839 no. 12 und 13.
hatte ein Auszug, welchen eine Ehefrau dem Ehemanne bei Eingehung der Ehe oder während derselben einbrachte, allerdings nicht die rechtliche Natur der Nutzungen, sondern die des Capitalvermögens. Dies ist aber durch das BGB. abgeändert, indem in dessen §. 630 die Bestimmung getroffen ist, daß, wenn ein Nießbrauch an einer Leibrente oder einem Auszuge stattfindet, dem Nießbraucher die während seines Nießbrauchs fällig werdenden Leistungen gebühren. Eine nothwendige Folge dieser Vorschrift ist die, daß nun auch der Ehemann das Recht auf die während der Dauer der Ehe fällig gewordenen und fällig werdenden Auszugsleistungen, gleichviel, ob der Auszug blos für die Ehefrau, oder ob er auch mit für ihn reservirt war, als gesetzlicher Nießbraucher selbstständig gegen den Auszugsträger geltend und klagbar machen kann. Hinsichtlich der fällig gewesenen Leistungen kann dies einem Zweifel darum nicht unterliegen, weil dieselben jetzt die Natur der Nutzungen haben, welche dem Ehemann gebühren. Aber auch bezüglich der während der Ehe erst fällig werdenden hat der Ehemann aus dem nämlichen Grunde ein eigenes Interesse, und wenn er das Recht

auf dieselben mittelst Klage verfolgt, so thut er dies theils in seinem eignen Interesse, theils in dem der Ehefrau und zwar, entweder mit deren Zustimmung als Mandatar, oder ohne Auftrag derselben als negotiorum gestor.

Was aber den die Auszugsbutter betreffenden ersten Klagpunkt betrifft, so kann man auch hierunter den einschlagenden Gründen der ersten Instanz im Wesentlichen nur beitreten. Es handelt sich hier um eine auf einem Privatrechtstitel beruhende Leistung. Selbstverständlich mußte daher, wenn über Maß und Gewicht der zu verabreichenden Butter bei Abschluß des Vertrags keine besondere Bestimmung unter den Contrahenten getroffen worden war, das zur Zeit des Vertragsabschlusses in der nächsten Marktstadt in Geltung gestandene Buttermaß als dasjenige angesehen werden, nach welchem Beklagter die Butter zu gewähren hat. Spätere allgemeine Landesbestimmungen über Maß und Gewicht konnten hieran etwas nicht ändern, und wenn es den Anschein gewinnt, als habe die zweite Instanz ein Bedenken gegen die Schlüssigkeit der Klage darin gefunden, daß in dem bezüglichen Vorbringen des Klägers die Gewichtsbestimmungen des §. 16 der Ausführungsverordnung zu dem Gesetze die Einführung eines allgemeinen Landesgewichtes rc. betr. vom 12. März 1858 unberücksichtigt geblieben, so ist dies ein Bedenken, welches sofort durch §. 7 des nurangezogenen Gesetzes sich erledigt, indem hier

Ges.- u. Verordn.-Bl. v. J. 1858 S. 50,

das obige Princip bezüglich der auf Privatrechtstiteln beruhenden Leistungen ausdrücklich anerkannt und gewahrt worden ist.

26.

Ungültige Stipulation in Bezug auf eine naturwidrige Vertheilung der Beweislast. — §§. 664, 802 des BGB.'s

II. Sen.-Erk. vom 27. Jan. 1870 no. 983|979 v. 1869 *).

Dem Beklagten steht entgegen, daß Stipulationen, wie die am

*) Beklagter, ein Strumpfwaarenfabrikant, hatte es für angemessen befunden, für die für ihn arbeitenden Bleicher und Former ein sogenanntes

Ende der §§. 1 und 2 und im §. 3 des von ihm angezogenen Regulativs enthaltenen, wenn auch mit dem Anscheine einer nur formellen Beweislastvertheilung, materiell einen Verstoß gegen das Princip des §. 664, beziehentlich des §. 802 des BGB.'s enthalten. Denn ein Fall, wo es sich um das billige Ermessen eines der Contrahenten handelt, wie z. B., wenn Leistungen von Handwerkern ohne Preisverabredung bestellt werden, liegt offenbar nicht vor; vielmehr involvirt eine derartige Stipulation, z. B. die des §. 3:

> Werden beim Bleichen oder Formen Waaren verdorben, so hat der betreffende Bleicher oder Former entsprechenden Schadenersatz, welchen Herr V. K. (Beklagter) nach seinem gewissenhaften Ermessen bestimmt, zu leisten. Die Beweislast, daß ein Schade überhaupt nicht oder nicht in der von K. normirten Höhe erwachsen sei, fällt demjenigen zu, welcher diese Thatsachen für sich geltend macht.

virtuell die Bedingung, daß der Bleicher oder Former sich im Voraus als Beklagtens Schuldner nach jeder von demselben später beliebten Höhe bekennen müsse; mit andern Worten, daß er sein vermögensrechtliches Ich der Willkür des Beklagten submittire. Denn nicht allein, daß dem Arbeitnehmer, gegen die von den Gesetzen aufgestellten Regeln über die Beweislast, der Beweis von Negativen angesonnen wird, so liegt insbesondere auf der Hand, daß ein solcher Beweis, wenn er, zumal nachdem Beklagter die Waare längst versendet, vom Arbeitnehmer angetreten werden soll, in der Regel nicht zu führen sein wird; wogegen nach den gewöhnlichen Beweisregeln Beklagter sich alsbald nach der Ablieferung um etwaige Fehler und Defecte bekümmern mußte und wegen ihres Beweises Vorkehrung treffen konnte. Zwischen prozessualen Compromissen und Stipulationen der vorliegenden Art ist der wesentliche Unterschied, daß jene in Bezug auf rechtshängige, also den Parteien

---

Regulativ zu entwerfen, dessen Bestimmungen sich diese, wenn sie Arbeit erhalten wollten, im Voraus zu submittiren hätten. — Auf Klage aus einer Jahresrechnung für ihm vom Kläger gelieferte Arbeit bemängelte er solche und verlangte, daß Kläger den Beweis der Fehlerfreiheit übernehmen sollte. Diesem Verlangen wurde von den Instanzen nicht deferirt.



bekannte Differenzen geschlossen werden, diese aber Rechtsverhältnissen gelten sollen, welche zur Zeit des Abschlusses noch gar nicht existirten und daher keinem der Interessenten bekannt sein konnten.

27.

Die Gestattung der Zahlung „ganz wie es dem Schuldner passe" ist nicht nach §. 715 des BGB.'s, sondern nach §. 712 auszulegen.

II. Sen.-Erk. vom 18. Jan. 1870 no. 961/950.

Kläger soll Beklagtem verstattet haben, die geklagte Restschuld „ganz wie es ihm", dem Schuldner, „passe", zu berichtigen, und mit Rücksicht hierauf meint Beklagter, daß die Vorschrift im ersten Satze von §. 715 des BGB.'s, wonach, wenn die Zeit der Leistung dem Belieben des Verpflichteten anheim gegeben ist, die Erfüllung erst nach dessen Tode von seinen Erben gefordert werden kann, zur Anwendung gebracht werden müsse.

Hierunter befindet sich Beklagter im offenbaren Irrthume. Denn die nur angezogene gesetzliche Bestimmung setzt voraus, daß die Zeit der Leistung lediglich in das Belieben des Schuldners, allein in dessen Ermessen (quum voluerit) gestellt worden, und es kann daher von ihrer Anwendung dann nicht die Rede sein, wenn dem Verpflichteten nur verstattet wurde, zu leisten „wie es ihm passe", weil in einem solchen Falle schon die Worte darauf hinweisen, daß die Zeit der Zahlung nicht von der reinen Willkühr des Schuldners, nicht ausschließlich von dessen Belieben, sondern von dessen Vermögenslage abhängen solle.

Fälle dieser Art sind vielmehr unter die Bestimmung in §. 712 des BGB.'s zu subsumiren, indem: „wie es ihm passe" augenscheinlich gleichbedeutend ist mit: „sobald als möglich", sobald als thunlich", „bei guter Gelegenheit".

28.

Zu §. 754 des BGB.'s — Wegfall der durch den Verzug begründeten Ansprüche mit dem Erlöschen der Forderung.

II. Sen.-Erk. vom 24. Mai 1870 no. 303/323.

Soviel die Ausflucht, deren Beweis Beklagter unternommen, betrifft, so ist vor allen Dingen zu berücksichtigen, daß Beklagter

nicht allein die Bestellung, sondern auch die Lieferung, Annahme, Aufstellung und Instandsetzung der ihm von Klägern gelieferten Maschinen und Apparate zugestanden hat und daß er die bei dieser Einrede geltend gemachten Schädenansprüche nur daraus herleitet, daß die Lieferung von dem Kläger weit über die Zeit hinaus verzögert worden sei, bis zu welcher derselbe sie zu bewirken, sich ihm verpflichtet gehabt habe. Hiernach hat also Kläger seine Hauptverbindlichkeit erfüllt und er soll sich nur in dieser Erfüllung einen Verzug haben zu Schulden kommen lassen. Nun fallen aber mit der Aufhebung der Hauptverbindlichkeit in der Regel, und wenn der Gläubiger sich deshalb nicht ausdrücklich einen Vorbehalt gemacht hat, auch die durch den Verzug begründeten Ansprüche für die Vergangenheit weg, weil zu deren Geltendmachung dem Gläubiger kein selbstständiges Klagrecht zusteht.

§. 754 verb. mit §§. 146, 675, 977, 986 des BGB.'s.

Siebenhaar, die Lehre des Verzugs nach dem BGB in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verw. N. F. Bd. 29, S. 33 flg.

Wollte daher Beklagter mit Aussicht auf Erfolg Ansprüche auf Schadenersatz wegen verspäteter Lieferung ausführen, so mußte er sich vor Allem auch auf einen seinerseits bei der Annahme des gelieferten Werkes gemachten, die Stelle einer Verwahrung vertretenden Vorbehalt beziehen und solchen mit zum Gegenstande der Beweisführung machen. Er hat dies nicht gethan und diese Lücke läßt seinen Beweis schon in der Anlage als verfehlt erscheinen. Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, daß Beklagter ja auch im ersten Verfahren zu Begründung der fraglichen Exception auf einen derartigen Vorbehalt sich nicht bezogen gehabt habe, nichts destoweniger aber die Einrede zum Beweise ausgesetzt worden sei und deshalb dem Beklagten hierunter Rechtskraft zur Seite stehe. Denn, wurde ungeachtet der fehlenden Bezugnahme auf einen solchen Vorbehalt dem Beklagten der Beweis dieser Einrede nachgelassen, so konnte dies, jenen gesetzlichen Vorschriften gegenüber, nur in Rücksicht darauf geschehen sein, daß der Gerichtsbrauch bekanntlich an das Vorbringen einer Einrede weniger strenge Anforderungen zu

machen pflegt, als an das einer Klage, und die weitere Entwickelung der Ausflucht im Beweise für zulässig achtet.

29.

Die actio negotiorum gestorum contraria wegen Befreiung von einer der kurzen Verjährung (BGB. §. 1017) unterliegenden Schuld ist nicht selbst der letzteren zu unterstellen.

II. Sen.-Erk. vom 9. Decbr. 1869 no. 858/840.

Die Frage, ob die sogenannte kurze Verjährung des Gesetzes vom 23. Juli 1846 auch demjenigen gegenüber eintrete, welcher Ersatz des zu Berichtigung einer an sich dieser Verjährung unterliegenden Schuld vermöge auftragsloser Geschäftsführung gemachten Aufwandes fordert, ist von dem OAG. in der besonderen Beziehung auf Alimentenersatzansprüche zeither stets verneint worden, und obschon diese Frage in Folge der Bestimmungen des BGB.'s §. 1017 in der nurbezeichneten besonderen Beziehung sich erledigt hat,

Siebenhaar, Commentar Bd. II, S. 184 zu Nr. 9,

so behält sie doch, soviel die hier fraglichen in §. 2 sub 6 des angezogenen Gesetzes und in §. 1017 sub 6 des BGB.'s gleichmäßig berührten Forderungen anlangt, praktische Bedeutung. Auch sind die Gründe, von welchen das OAG. bei der vorgedachten Auffassung des Verjährungspunktes geleitet worden ist, allgemeiner Art, nicht aus der specifischen Beschaffenheit der Alimentenansprüche entlehnt. Sie beruhen vornehmlich in der Beachtung des verschiedenen rechtlichen Charakters, welchen die Leistung der in Rede stehenden Anstalt oder Person trägt, je nachdem sie an sich und unmittelbar oder nur in dem Zusammenhange mit einer dazwischentretenden negotiorum gestio einen Schuldnexus begründen soll. Im ersteren Falle bildet die Thatsache der Leistung allein den Grund der Verpflichtung und damit den Klaggrund, während im letzteren Falle der Klaggrund in der Thatsache der Befreiung des Schuldners von einer Verpflichtung beruht und die Beschaffenheit der letzteren nur insoweit in Betracht kommt, als es sich um den Nachweis nützlicher Geschäftsführung handelt. Hiernach würde zwar folgerecht die mit

der Absicht eines Ersatzanspruchs bewirkte Berichtigung einer gar nicht oder doch zur Zeit der Berichtigung nicht mehr bestehenden, beziehentlich durch Verjährung bereits erloschenen Schuld der hier fraglichen Art als eine nützliche Geschäftsführung nicht gelten können, dagegen, das Bestehen der Schuld zur Zeit der verlagsweisen Berichtigung vorausgesetzt, der hierdurch liberirte Schuldner die Nützlichkeit der Verwendung offenbar nicht mit dem Einwande bestreiten dürfen, daß er schon durch Verjährung künftig würde liberirt worden sein, wenn der Ersatz fordernde Verleger durch sein Dazwischentreten diesen Erfolg nicht vereitelt hätte. Darauf allein, daß die Wortfassung der gesetzlichen Bestimmungen den Fall einer eingetretenen Geschäftsführung von der angeordneten Verjährung nicht ausdrücklich ausnimmt, ist um deswillen kein Gewicht zu legen, weil die Festsetzung der Zulässigkeit und Wirkung der auftragslosen Geschäftsführung außerhalb des Kreises jener Bestimmungen liegt, zu geschweigen, daß die Disposition in §. 1355, Abs. 2 des BGB.'s eher für die gesetzliche Begünstigung des vorliegenden Anspruchs als für das Gegentheil angezogen werden könnte.

30.

Gewinnloose der Landeslotterie als Inhaberpapiere — BGB. §. 1039, 1045.

II. Sen.-Erk. vom 15. Febr. 1870 no. 16|39 *).

Der Einrede des Beklagten hat die vorige Instanz mit Rücksicht auf die Natur der Lotterieloose als Inhaberpapiere, insbesondere unter Beziehung auf die Vorschriften in §. 1039 flg. des BGB.'s die Beachtung versagen zu müssen geglaubt. Allerdings bestimmt §. 1039 wörtlich:

„Bei Urkunden, welche auf den Inhaber lauten, gilt jeder Inhaber der Urkunde, so lange er sie inne hat, als Berechtigter gegen den durch die Urkunde Verpflichteten.

und jedenfalls ergiebt sich aus dieser Vorschrift, daß derjenige,

*) Man vergl. auch diese Annalen, Bd. IV, S. 504 und N. F. Bd. I, S. 369.

welcher das Papier inne hat und auf Grund desselben Ansprüche gegen den Verpflichteten erhebt, nicht genöthigt werden kann, die Rechtmäßigkeit seines Besitzes zu beweisen, denn als Inhaber hat er eben die Präsumtion für sich, daß ihm das in dem Papiere verkörperte Forderungsrecht zustehe; allein hieraus folgt doch nur, daß, wenn der durch die Urkunde Verpflichtete das Gegentheil behauptet, diesen die Beweislast trifft. Im vorliegenden Falle spricht Beklagter den Klägern jenes Forderungsrecht unter dem Anführen ab, daß dieselben lediglich von Th.'n den von ihnen übernommenen Auftrag gehabt, der Direction die Loose zu präsentiren und den darauf gefallenen Gewinn für seine, Th.'s Rechnung zu erheben. Wäre dies wahr, so würden Kläger nur die Stellvertreter Th.'s gewesen sein und man würde anzunehmen haben, daß die Inhabung der Loose gar nicht auf sie übergegangen, sondern bis zum Augenblicke der Abgabe derselben an die Lotteriedirection Th. der Inhaber geblieben war, daß also auch Kläger gar nicht den Willen hatten und haben konnten, ein anderes Forderungsrecht als das ihres Auftraggebers Th. geltend zu machen. Eine nothwendige Folge hiervon aber würde die sein, daß die Kläger nun auch alle, aus der Person des Mandanten entlehnten Einreden wider sich gelten zu lassen hätten. Der Beachtlichkeit der Ausflucht unter 3 kann also auch die Bestimmung in §. 1045 des BGB.'s nicht entgegenstehen, und war daher dem Beklagten der Beweis derselben nachzulassen.

31.

Ueber die sog. causa pietatis. — Sicherstellung der Existenz eines außerehelichen Kindes im Zweifel nicht Schenkung. — BGB. §. 1049 flg., 1862 flg.

II. Sen.-Erk. vom 19. Mai 1870 no. 290/307.

Soviel die Hauptsache anlangt, so würde man das vorige Urthel, wenigstens in der Hauptsache, bestätigt haben, wenn man die Annahme, auf welcher dasselbe beruht, daß in der Urkunde eine Schenkung enthalten sei, für richtig anzusehen vermocht hätte. Aber gegen diese Annahme sind dem OAG. Bedenken beige-

gangen, welche dasselbe nicht zu beseitigen vermocht hat, nämlich nachstehende:

A.

Nach der Urkunde hat der Erblasser der Beklagten dem Kläger gegenüber erklärt, daß er sich zum Vater der Pflegbefohlenen des Klägers bekenne und sich sowohl gesetzlich, wie auch moralisch für verbunden halte, dieses sein, außer der Ehe erzeugtes, Kind nicht nur zu erziehen und zu unterhalten, sondern auch dessen Zukunft durch Uebereignung eines bestimmten Vermögens, soviel an ihm sei, sicher zu stellen, daß er sich daher verpflichte, dieses Kind, so lange er leben werde, ohne Zuthun der Mutter, aus seinen Mitteln zu erziehen und zu unterhalten, gleich als wäre es sein eigenes eheliches Kind und demselben von seinem Vermögen als Schuld die Summe von 6000 Thalern, zahlbar nach seinem Tode, zu Händen des Kindes oder dessen Altersvormundes, zur Tilgung aller und jeder ihm gegen dasselbe als Vater gesetzlich oder moralisch oder aus welchem Rechtsgrunde obliegenden Verbindlichkeiten übergebe. Der Kläger hat diese Erklärung für seinen Pflegbefohlenen angenommen, die dabei gestellten (noch weiter unten zu erwähnenden) Bedingungen zugestanden, dagegen auf alle sonst denkbaren Ansprüche seiner Pflegbefohlenen an den Erblasser der Klägerin Verzicht geleistet, und hierzu das obervormundschaftliche Decret, welches auch nachträglich wirklich ertheilt worden ist, beizubringen versprochen.

Diesen Vertrag, in welchem der verstorbene R. bekannt hat, daß er der Vater der Pflegbefohlenen des Klägers sei, und diesem Kinde gegenüber alle Verbindlichkeiten eines ehelichen Vaters zu erfüllen habe, und aus diesem Grunde eine, nur in Beziehung auf ihre Zahlbarkeit bis nach seinem Tode hinausgeschobene Summe von 6000 Thalern schuldig geworden sei, muß die Beklagte, als Erbin gedachten R.'s, abgesehen von ihrem Pflichttheilsrechte, welches sie als Ehefrau hatte, unbedingt anerkennen. Ob ihr Erblasser in der That Vater der Pflegbefohlenen des Klägers war, ob er deren Unterhalt und Erziehung allein zu tragen, ob er deren künftiges Lebensglück zu begründen hatte, ob er deshalb verpflichtet gewesen wäre, eine nach seinem Tode zahlbare Schuld von 6000 Thalern zu übernehmen, dies alles sind Fragen, bei deren Beant-

wortung der Beklagten als Erbin, kein entscheidendes Wort zusteht.

Denn der Erbe hat die von dem Erblasser getroffenen Verfügungen unter Lebenden, soweit die Kräfte der Erbschaft reichen, als verbindlich anzuerkennen; es gehen alle Lasten der Erbschaft und alle Verbindlichkeiten des Erblassers, selbst die aus unerlaubten Handlungen entstandenen, auf ihn über; es gilt dies selbst von solchen Verfügungen, welche der Erblasser über das eigne Vermögen des Erben getroffen hat. (§. 2282, 2283 des BGB.'s und Commentar ed. II, Bd. 3, S. 336.)

B.

Wenn für die Bestimmung eines Rechtsgeschäfts der Wille der Contrahenten die Richtschnur ist, so kann in dem Vertrage Bl. eine Schenkung nicht gefunden werden. Wie nämlich in den Annalen N. F. Bd. 2, S. 199 gezeigt wird, liegt das charakteristische Merkmal der Schenkung in dem Willen des Schenkens, den Beschenkten zu bereichern, zu keinem anderen Zwecke, als um ihn zu bereichern, und in dem Willen des Beschenkten, eine solche Wohlthat von dem Schenker anzunehmen. Allerdings kann der sogenannte animus donandi und donum acceptandi in allen möglichen Contractsformen zum Ausdrucke gelangen, wie die in den §§. 1050, 1052 des BGB.'s aufgeführten Beispiele lehren. Aber ohne den angegebenen animus donandi ist eine Schenkung nicht denkbar. Namentlich muß derselbe bei dem Rechtsgeschäfte im Vordergrunde stehen, indem von einer Schenkung nur die Rede sein kann, wenn entweder die Contrahenten ihr Einverständniß, daß es eine Schenkung sei, ausdrücklich erklären, oder die concurrirenden Nebenumstände von der Art sind, daß auf ein solches Einverständniß derselben mit Sicherheit zu schließen ist. Dagegen kommt darauf etwas nicht an, welchen entfernteren Bestimmungsgrund die Contrahenten gehabt haben, und es geht insbesondere der Kauf oder die Erfüllung einer Obligation nicht deshalb in eine Schenkung über, weil im ersteren Falle der Verkäufer in der Absicht, dem Käufer einen Gewinn zuzuwenden, einen verhältnißmäßig niedrigen Kaufpreis verlangt, oder im letzteren Falle der Schuldner in dem Glauben steht, dem Gläubiger mit der Erfüllung ein Geschenk zu machen. Denn die

Motiven« bestimmen blos zu der Schließung eines Rechtsgeschäfts, sie haben auf das Rechtsgeschäft nur Einfluß, wenn sie zu dessen integrirenden Theilen gemacht worden sind, sie gehören, wenn sie nicht zu erkennen gegeben worden sind, zu den sogenannten internis, welche weder für die Natur des Rechtsgeschäfts, noch für die Interpretation eine Norm geben können. In dem Vertrage findet sich nun aber keine Spur von einer Schenkung.

Der Erblasser der Beklagten hat im Gegentheil ausdrücklich erklärt, daß er der Pflegbefohlenen des Klägers gegenüber eine unzweifelhafte Verbindlichkeit habe und diese Verbindlichkeit zu erfüllen beabsichtige, und ebenso hat der Kläger, Namens seiner Pflegbefohlenen, diese Erklärung in der Vorstellung angenommen, daß es sich um die Feststellung einer weitreichenden Verbindlichkeit des Erblassers der Beklagten, oder um einen Vergleich handele, wie sich insbesondere daraus ergiebt, daß er das obervormundschaftliche Decret für nöthig gehalten und auch wirklich beigebracht hat.

Da der in Frage stehende Vertrag der Annahme einer Schenkung direct entgegensteht, so ist auch die Untersuchung, ob darin materiell eine Schenkung verborgen liege, ausgeschlossen.

Die Contrahenten haben eine Schenkung nicht gewollt, sondern einen ihren Wünschen und Ansichten entsprechenden entgeltlichen Vertrag geschlossen. Zwar ist soviel richtig, daß das Gesetz für Schenkungen, welche eine gewisse Summe übersteigen, eine besondere Form vorschreibt, und dem Schenker noch überdies das Recht giebt, auch selbst eine an sich gültige Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten zu widerrufen. Alles dies gilt jedoch nur, wenn eine Schenkung vorliegt, nicht aber, wenn ein Vertrag geschlossen worden ist, durch welchen dem einen Contrahenten ein verhältnißmäßig größerer Vortheil zufließt, als dem andern Contrahenten. Wie wenig eine solche Bevormundung dispositionsfähiger Contrahenten in dem Geiste des BGB.'s begründet sei, ergiebt sich namentlich daraus, daß dasselbe die gemeinrechtlichen Sätze über die sogenannte laesio enormis nicht aufgenommen hat.

Hierzu kommt, daß die im §. 1056 des BGB.'s vorgeschriebene Form der sogenannten donatio immodica eine positive Vorschrift ist,

der in §§. 1059 bis 1063 erwähnte Widerruf der Schenkungen aber in dem präsumtiven Willen der Interessenten seinen Grund hat, beide Arten von Bestimmungen also nur gelten, wenn ihre Voraussetzungen vorhanden sind.

Der Standpunkt, von welchem nach den vorstehenden Ausführungen bei der rechtlichen Beurtheilung geschlossener Verträge und entstandener Obligationen auszugehen ist, unterscheidet sich von dem Standpunkte, nach welchem dem Obligationenrechte eine Herrschaft über die Verträge und über die dadurch begründeten Obligationen zugeschrieben wird. Nach jenem bilden die Vertragsverhandlungen und die Willenserklärungen der Contrahenten die Grundlagen für die Entscheidungen. Nach diesem giebt das Recht die Normen für die Vertragsverhandlungen, wenigstens insoweit, als bei den Entscheidungen zu untersuchen ist, welchen Zweck die Contrahenten gehabt haben und wie sie ihn am zweckmäßigsten hätten erreichen können.

In der Mehrzahl der concreten Fälle wird es zu denselben Ergebnissen führen, man mag jenen oder diesen Standpunkt nehmen.

Wenn sich aber in einem concreten Falle aus beiden Constructionsweisen Widersprüche ergeben, so dürfte es richtiger sein, den ausdrücklichen, oder aus den Verhältnissen zu entnehmenden Willen der Contrahenten auch selbst dann für maßgebend zu halten, wenn er die höhere Kritik des Rechts und der Zweckmäßigkeit nicht besteht.

Gesetzt aber auch, es wäre trotz der bestimmten Erklärungen der Vertragschließenden zulässig, von einem höheren Standpunkte aus zu untersuchen, ob der Erblasser der Beklagten sich durch den mit dem Kläger geschlossenen Vertrag zu einem Mehreren verpflichtet habe, als wozu er auf Grund der §§. 1858 bis 1863 des BGB.'s als außerehelicher Vater verbunden gewesen wäre, so würde man doch nicht zu den Ergebnissen gelangen, welche die vorige Instanz aufgestellt hat.

Im Wesentlichen geht die vorige Instanz von der Ansicht aus, daß, soweit der Erblasser der Beklagten ein Mehreres zu zahlen versprochen habe, als die Zusammenrechnung des im §. 1862 des BGB.'s festgestellten höchsten jährlichen Alimentationsquantums auf

die Zeit vom 26. Januar 1869 (dem Todestage R.'s) bis zum 7. September 1879 (dem Tage, mit welchem die Pflegbefohlene des Klägers das vierzehnte Lebensjahr erreichen wird) ergebe, eine Schenkung anzunehmen sei, welche nur nach einer Summe von 1000 Thalern gültig, im Uebrigen aber wegen Mangels der gerichtlichen Insinuation ungültig sei. Diese Ansicht verdient zwar vor der der ersten Instanz den Vorzug, weil nach ihr die von dem Erblasser der Beklagten versprochenen 6000 Thaler wenigstens nicht nach dem Betrage, welchen der Vater eines außerehelichen Kindes, nach den §§. 1862, 1873 des BGB.'s zu zahlen hat, als geschenkt zu betrachten, vielmehr die Vorschriften über die Schenkungen erst nach Abrechnung dieses Betrages anwendbar sein sollen. Dessenungeachtet hat man aus nachstehenden Gründen Bedenken getragen, derselben beizutreten.

1. Wenn die zweite Instanz ihre Berechnung den im §. 1862 des BGB.'s angegebenen höchsten Satz von 120 Thalern auf das Jahr zu Grunde legt, so dürfte dies nicht ganz consequent sein, weil dieser Satz eben der höchste ist, welcher nur unter Berücksichtigung der im §. 1864 des BGB.'s erwähnten besonderen Verhältnisse erkannt werden kann. Entweder ist es zulässig, die von dem Erblasser der Beklagten versprochene Summe auf den Betrag zu reduciren, welchen der Vater eines außerehelichen Kindes vermöge des Gesetzes zu geben hat, oder es ist dies nicht zulässig. Im ersteren Falle darf in der Schlußfolgerung nicht in der Weise abgebrochen werden, daß, ohne eine weitere Untersuchung, welches Alimentationsquantum in dem gerade vorliegenden Falle zu geben sei, sofort das Maximum angenommen wird.

2. Da das Alimentationsquantum, welches der Vater eines außerehelichen Kindes zu geben hat, nach §. 1863 des BGB.'s auf monatliche, im Voraus zu bezahlende Raten zu vertheilen ist, so entsteht bei der Untersuchung, ob und inwieweit ein im Voraus verwilligtes Aversionalquantum das gesetzliche Maß übersteigt, mit Hinsicht auf die Vorschrift in §. 1057 des BGG.'s nothwendig der Zweifel, ob dabei auf die einzelnen Zahlungstermine Rücksicht zu nehmen sei oder nicht.

3. Die wichtigsten Bedenken hat die Schlußfolgerung, daß,

wenn der außereheliche Vater ein Mehreres leistet oder verspricht, als das Gesetz vorschreibt, unbedingt eine Schenkung anzunehmen sei. Abgesehen nämlich davon, daß der außereheliche Vater nach §. 1870 des BGB.'s den Unterhalt des Kindes, wenn dasselbe das sechste Lebensjahr erfüllt hat, selbst übernehmen kann und, wenn er dies thut, es seinem Ermessen überlassen bleibt, in welcher Weise er seine Pflichten als Vater erfüllen will, ohne irgend eine Grenze für das Maximum und lediglich mit einer Grenze für das Minimum, so haben die auf die Alimentationspflicht des außerehelichen Kindes bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen an sich nicht den Zweck, den natürlichen Regungen und Gefühlen des Vaters gegen sein Kind ein Ziel zu setzen.

Giebt der außereheliche Vater zu dem Unterhalte und zur Erziehung des Kindes mehr, als das Gesetz fordert, so ist dies nicht ein Geschenk, sondern ein ob causam datum. Ebenso liegt in dem Versprechen des außerehelichen Vaters, zu dem Unterhalte und zur Erziehung des Kindes ein Mehreres zu geben, als das Gesetz fordert, nicht ein Schenkungsversprechen, sondern die Uebernahme einer Obligation mit der Absicht, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, welche ohnedem nicht klagbar sein würde. Analoge Verhältnisse kommen namentlich in dem Familienrechte vor. So ist z. B. der eheliche Vater an sich nur verbunden, dem Kinde eine seinen Standes- und Vermögensverhältnissen entsprechende Erziehung zu geben; hat er aber darauf mehr verwendet, so ist er, abgesehen von besonderen Fällen, nicht berechtigt, von dem Kinde die Erstattung seines Aufwandes zu verlangen.

Der Einwand, es werde mit dieser Meinung die gemeinrechtliche Lehre der obligatio naturalis, obschon sie von dem BGB. nicht angenommen worden sei, auf einem Umwege wieder eingeführt, ist nicht begründet. Dem natürlichen Pflichtgefühle des außerehelichen Vaters gegen das außereheliche Kind wird nicht eine rechtliche Wirkung, wie sie die obligatio naturalis nach der neueren Doctrin haben soll, beigelegt; vielmehr soll nur der Umstand, daß das natürliche Pflichtgefühl der Grund gewesen ist, warum der außereheliche Vater sich durch Vertrag dem außerehelichen Kinde gegenüber obligirt hat, der Obligation keinen Eintrag thun, oder, mit anderen Worten, es

soll dieser Umstand nicht die Folge haben, daß es so betrachtet wird, als ob der außereheliche Vater ein indebitum erfüllt und die Obligation animo donandi übernommen habe, wie in der l. 32, §. 2 D. de condict. indebiti gesagt wird: „sublata falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.“

In vielen anderen Fällen kann in ganz gleicher Weise eine Obligation, welche nicht vorhanden ist, durch Vertrag gültig übernommen werden. Am deutlichsten tritt dies bei dem Vergleiche hervor. Eine Obligation, welche durch Vergleich übernommen wird, ist zu erfüllen, selbst wenn nachgewiesen werden kann, daß sie vor dem Vergleiche nicht bestanden hat. Aus keinem anderen Grunde, als weil der Vergleich jede Untersuchung ausschließt, ob die Obligation wirklich existirt hat oder nicht. Der Unterschied zwischen der Zahlung einer Nichtschuld und der Erfüllung einer Obligation aus einem Vergleiche besteht darin, daß jene eine irrthümlich angenommene causa praeterita, diese eine durch die Erfüllung eintretende causa voraussetzt. Aehnlich verhält es sich mit der sogenannten causa pietatis. Wenn die neue Doctrin die Sache so auffaßt, als sei dies eine Ausnahme von der Regel, daß ein indebitum zurückgefordert werden könne, so ist dies irrig, vielmehr hat die condictio indebiti nicht statt, weil debite gezahlt worden ist.

4. Die Ansicht der zweiten Instanz hat weiter das Bedenken gegen sich, daß sie lediglich auf das außereheliche Band zwischen dem Erblasser der Beklagten und der Pflegebefohlenen des Klägers Rücksicht nimmt, während in dem Vertrage ausdrücklich gesagt wird, daß der Erblasser der Beklagten sich verbindlich gemacht habe, die Pflegbefohlene des Klägers, ohne Zuthun der Mutter derselben, aus eignen Mitteln zu unterhalten und zu erziehen.

Insoweit übernahm der Erblasser der Beklagten eine fremde Verbindlichkeit (obligatio aliena), nämlich die der Mutter und den mütterlichen Verwandten obliegende Alimentationspflicht. Nun ist es aber ein unzweifelhafter Grundsatz, daß derjenige, welcher dem Berechtigten gegenüber die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit übernimmt, unter allen Umständen nicht das Recht hat, von dem Berechtigten Befreiung von der Obligation oder Ersatz des Geleisteten zu fordern.



§. 1524 des BGB.'s und
Commentar Bd. II, S. 393.

Hätte er namentlich animo donandi gehandelt, so würde nicht der Berechtigte, sondern der Verpflichtete als beschenkt gelten.

C.

Die Beklagte hat unter Nr. 3 die Behauptung aufgestellt, daß der Vertrag eine Schenkung enthalte, und dies theils aus dem Inhalte der Urkunde, theils aus den in den Acten bekannten Nebenumständen nachzuweisen gesucht. Wie oben ausgeführt worden, ist dies unbegründet, und nähme man an, daß die Beklagte ihre Ausflucht der Schenkung lediglich auf die bisherigen Acten zu basiren beabsichtigt habe, so würde auf die Ausflucht selbst kein weiteres Absehen zu richten sein. Nichtsdestoweniger hat man Bedenken getragen, der Beklagten den Beweis der Ausflucht der Schenkung abzuschneiden. Es ist nämlich allerdings denkbar, daß die 6000 Thlr., die der Erblasser der Beklagten der Pflegbefohlenen des Klägers schuldig zu sein bekannt hat, ein Geschenk sein können, z. B. wenn beide Contrahenten darüber einverstanden gewesen wären, daß die Schuld eine geringere wäre, und nur deshalb höher angegeben werden sollte, weil der Erblasser der Beklagten das plus geschenkt hätte und wenn der Vertrag nur die Form gewesen wäre, in welche die Contrahenten dieses gemischte Geschäft eingekleidet hätten. Allerdings ist es nicht sehr wahrscheinlich, daß die Beklagte diesen Beweis zu führen im Stande sein werde. Aber in der Ausflucht, es enthalte der Vertrag eine Schenkung, kann auch eine Behauptung des angegebenen Inhalts gefunden werden, und etwas Weiteres, als daß das Fundament der Einrede kürzlich und deutlich angezeigt worden sei, ist nach der Erl.PO. ad Tit. XI, §. 4 zu dem Erkenntnisse auf Beweis der sogenannten exceptio generalis nicht erforderlich.

Der Erblasser der Beklagten hat die Pflegbefohlene des Klägers vinculirt, von den 6000 Thalern die Summe von 3000 Thalern bis zu ihrer Verheirathung zu Gunsten dritter Personen, welchen diese 3000 Thaler gehören sollten, wenn die Pflegbefohlene des Klägers kinderlos oder ehelos verstürbe, durch Deposition oder tüchtige Hypothek sicher zu stellen. Vermöchte die Beklagte den ihr nachgelassenen

Beweis der Schenkung zu führen, so würde in der künftigen Definitive auch darüber zu erkennen sein, ob und inwieweit die angegebene Beschränkung rücksichtlich der 3000 Thaler nach den §. 1065, 1066 des BGB.'s in der Beurtheilung Etwas ändern könnte.

D.

Nach dem bisher Gesagten bedarf es kaum noch der Bemerkung, daß die Vorschriften über die Schenkungen auf den Todesfall in den §§. 2500 bis 2502 des BGB.'s auf den gegenwärtigen Fall nicht anwendbar sind.

Commentar ed. II, Bd. III, S. 409 flg.

E.

Vermag die Beklagte den Beweis der Schenkung nicht zu führen, so ist sie, als Erbin R.'s zu der Bezahlung der 6000 Thlr., zu ihrem Erbantheile, aus dem Nachlasse verbunden. (§. 2324 in Verbindung mit §. 2589 des BGB.'s.) Als Pflichttheilsberechtigte würde sie zwar auch für ihre Person berechtigt sein, den zwischen ihrem Erblasser und der Pflegbefohlenen des Klägers geschlossenen Vertrag, wenn dadurch ihr Pflichttheil verletzt worden wäre, anzufechten. (§§. 2603 bis 2616 des BGB.'s). Aber sie hat eine hierauf gerichtete Exception nicht vorgeschützt, was umsomehr erforderlich gewesen wäre, als der Pflichttheilsberechtigte die vom Erblasser getroffenen Verfügungen unter Lebenden, durch welche der Pflichttheil verletzt worden ist, nur unter ganz besonders gestalteten Verhältnissen, dem Dritten gegenüber anfechten kann.

32.

Ohne besonderes Versprechen kann der Redacteur einer Zeitschrift Vergütung für die Correctur nicht verlangen. — BGB. §. 1141.

II. Sen.-Erk. vom 17. Mai 1870 no. 259|302.

Die allgemeine Regel, daß der Herausgeber eines Werks, wenn er die Revision oder Correctur der Druckbogen übernommen hat, für diese in seinem eignen Interesse besorgten Arbeiten eine Belohnung nur dann fordern kann, wenn sie ihm besonders versprochen worden ist,

Motiven zu §. 1141 des BGB.'s und
Commentar ed. II, Bd. 2 S. 249,
findet auch Anwendung auf den Herausgeber oder Redacteur einer Zeitung oder Zeitschrift.

Wenn der Kläger einen Unterschied macht zwischen der Correctur und der Revision der Druckbogen, so kann ihm zwar soviel zugegeben werden, daß namentlich in größeren Druckereien in der Regel eine mehrmalige Lesung der Abzüge stattzufinden und dem Autor nur die letzte Lesung unter dem Namen „Revision" angesonnen zu werden pflegt. Allein findet eine wiederholte Lesung nicht statt und besorgt der Herausgeber in der Revision die Correctur, so berechtigt ihn dies nicht, ohne ein besonderes Versprechen, Entschädigung für die Correctur zu fordern.

In der Klage wird auf mehrere Umstände Bezug genommen, aus welchen hervorgehen soll, daß der Kläger in der Zeit, wo er die Redaction des Glauchauer Tageblattes und Anzeigers vermöge eines mit dem Beklagten abgeschlossenen Vertrages gehabt hat, von der Voraussetzung ausgegangen sei, es werde ihm für die Correctur eine Vergütung noch neben dem verwilligten Honorar für die Redactionsarbeiten gewährt werden. Hierauf kann jedoch selbstverständlich Etwas nicht ankommen, weil eben das Recht des Redacteurs einer Zeitung auf einen besonderen Lohn für die Correctur nur dann begründet ist, wenn ausdrücklich vereinbart worden ist, daß die Correctur eine in der Redaction nicht mit begriffene Bemühung sein solle, welche besonders zu bezahlen sei.

33.

„Ueberlassen" in §. 1187 des BGB.'s — Bedeutung des Präteriti bei einem Miethvertrage über Mobilien.

III. Sen.-Erk. vom 27. August 1870 no. 67.

Wenn das BGB. in §. 1187 den Mieth- 2c.-Vertrag als den Vertrag definirt: „durch welchen der Eine dem Andern gegen einen Preis 2c. die Benutzung einer Sache überläßt oder zu überlassen verspricht", so muß, wollte man nicht, bei Auslegung eines Gesetzes im Zweifel unstatthafter Weise, einen Pleonasmus oder eine Tauto-

logie voraussetzen, annehmen, daß das Gesetz zwei Fälle statuirt und in dem ersten Falle die Leistung des Vermiethers als in der Vergangenheit erfolgt oder wenigstens beim Vertragsschlusse — in der Gegenwart — erfolgend, in dem zweiten dagegen als nur für die Zukunft zugesagt gemeint ist.

Wird nun in §. 1195 diese Leistung noch speciell in einer Art charakterisirt, welche je nach den Umständen die Gestattung des uti frui licere oder die Uebergabe behufs desselben bezeichnet, so befindet man in den in dem Eingange der Urkunden enthaltenen, die vergangene Zeit ausdrückenden Worten:

> Nachdem uns heute Herr &c. (Kläger) nachstehende &c. Gegenstände leihweise überlassen hat,

und

> Unter heutigem Tage hat uns Herr &c. (Kläger) ferner miethweise überlassen &c.

das Bekenntniß der Beklagten, daß der betreffende Vertrag in der erstern der in §. 1187 vorgesehenen zwei Gestaltungen zum Abschluß gekommen, also die Uebergabe der Miethobjecte von ihnen zugestanden sei, ungeachtet des Doppelsinnes, welchen, wie die vorige Instanz gezeigt hat, das Wort „überlassen" nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche zuläßt, um so gewisser, als Beklagte in den Urkunden das Wort des Gesetzes gebraucht, somit aber im Zweifel dessen Benutzung im Sinne des Gesetzes auch gewollt oder wenigstens in diesem Urkundenprozesse zu genehmigen haben.

34.

Zur Lehre vom Miethvertrage. — Schädenansprüche des Miethers, Verwendungen? — BGB. §§. 1195, 781, 1201.

II. Sen.-Erk. vom 1. Febr. 1870 no. 5|6.

Kläger fordert

1) Zehn Thaler zur Ausgleichung des Schadens, welchen er dadurch erlitten zu haben behauptet, daß der Beklagte seiner im §. 4 des Pachtcontracts übernommenen Verbindlichkeit zu Dachreparaturen nicht Genüge geleistet habe. Gegen diesen Schaden-

ersatzanspruch hat bereits die erste Instanz bemerkt, daß der §. 4 des angegebenen Pachtcontracts nicht maßgebend sein könne, weil der Kläger in seiner Klage zugestanden habe, daß sich die Bedachung des im Pachtvertrage angegebenen Wohnhauses zur Zeit der Schließung des Pachtvertrags in einem schadhaften Zustande befunden habe und die Verbindlichkeit des Beklagten zur Reparatur des Daches lediglich auf die erst während des Contractes entstandene Schadhaftigkeit des Daches zu beschränken sei. Man kann diese Bemerkung nicht für unrichtig ansehen, indem es in der Natur der Sache liegt,

Commentar ed. II, Bd. 2, S. 268 flg.,

daß für die Frage, in welcher Beschaffenheit die verpachtete oder vermiethete Sache von dem Verpachter oder Vermiether zu gewähren sei, immer nur der Zeitpunkt, zu welchem der Pacht- oder Miethvertrag geschlossen worden ist, entscheidend sein kann, daß namentlich, wenn der Pachter oder Miether den Contract schließt, obschon ihm bekannt ist, es habe die Sache Fehler oder Mängel, welche den Gebrauch derselben hindern oder ausschließen, der Verpachter oder Vermiether nicht für verbunden zu betrachten ist, den bereits zur Zeit der Schließung des Contracts vorhandenen Fehlern oder Mängeln abzuhelfen, sofern er sich nicht hierzu besonders verpflichtet hat. Indessen bedarf es in dem vorliegenden Falle zu der Abweisung der Klage bei dem hier fraglichen Schadenersatzanspruche nicht einmal dieses Grundes. Der Kläger begründet nämlich seinen Anspruch durch eine Beziehung darauf, daß er den Dachboden zu dem Betriebe seiner Handels- und Kunstgärtnerei gebraucht habe und ihm durch die Schadhaftigkeit des Daches Schaden in seinem Geschäftsbetriebe erwachsen sei. Der Standpunkt, von welchem er hierbei ausgeht, ist aber ein ganz unrichtiger, weil der Pachtcontract zwar den Kläger als Kunstgärtner bezeichnet, aber nichts davon enthält, daß der Beklagte demselben den Betrieb der Kunstgärtnerei in dem verpachteten Haus- und Gartengrundstücke garantirt habe. Ist aber hiernach die von dem Kläger angegebenen Grundlage für die Berechnung seiner Schäden eine völlig ungerechtfertigte, so kann die Frage, ob und inwieweit es bei dem hier fraglichen, die Grenzen der Geringfügigkeit nicht übersteigenden An-

spruche der sofortigen Bescheinigung bedurft habe, dahin gestellt bleiben.

Der Kläger stützt

2. eine Menge Schädenansprüche auf die Behauptung, daß ihm der Beklagte unter andern auch ein Gewächshaus verpachtet habe, dieses Gewächshaus aber ebenfalls baufällig gewesen, bereits zu Weihnachten 1864 eingestürzt und unbrauchbar geworden, dessenungeachtet aber von dem Beklagten in der ganzen Pachtzeit nicht wieder hergestellt worden sei. Gegen diese Classe von Schädenansprüchen ist aber im Allgemeinen zu bemerken, daß in dem Pachtcontracte als Pachtobject nur ein Haus- und Gartengrundstück aufgeführt wird. Hat in dem verpachteten Gartengrundstücke ein Gewächshaus gestanden, so hat der Kläger auf Grund des Pachtcontractes zwar das Recht gehabt, auch das Gewächshaus als integrirenden Theil des erpachteten Grundstücks zu benutzen. Aber zu etwas Weiterem, als den Kläger in der Benutzung des Gewächshauses nicht zu stören, war der Beklagte als Verpachter nicht verpflichtet. Dies wäre nur der Fall gewesen, wenn der Kläger das Haus- und Gartengrundstück, namentlich auch das Gewächshaus, zum Betriebe der Handels- und Kunstgärtnerei erpachtet gehabt hätte, und daß dies hier nicht der Fall gewesen sei, ist bereits oben erwähnt worden.

Aber auch selbst abgesehen hiervon, sind die einzelnen Schädenansprüche, welche der Kläger formirt, nicht begründet. In der Klage wird behauptet:

a. daß der Schaden, welchen der Kläger durch die Nichtbrauchbarkeit des Gewächshauses gehabt habe, sich keinesfalls unter fünfzehn Thaler für das Jahr belaufe, obschon der Gesammtbetrag des Schadens für die ganze Pachtzeit nur auf fünfzehn Thaler berechnet wird,

b. daß der theilweise Einsturz des Gewächshauses zu Weihnachten 1864 dem Kläger auch insofern Schaden verursacht habe, als die Pflanzen, welche damals in das Gewächshaus eingestellt gewesen, zerschlagen und erfroren seien,

c. daß die Trümmer des Gewächshauses auf einen danebenstehenden Stall gefallen und dabei Hausthiere des Klägers ge-

tödtet und andere demselben gehörige Gegenstände beschädigt worden seien.

Soviel den Schadenersatzanspruch

zu a.

anlangt, so ist das oben zu 1. Gesagte zu wiederholen.

Man kann

zu b.

dahingestellt sein lassen, ob der Beklagte, wenn er das Gewächshaus ausdrücklich als solches verpachtet hätte, aus einer Verschuldung für ersatzpflichtig angesehen werden könnte, wenn er zur Zeit des Contractsabschlusses die Schadhaftigkeit des Gewächshauses gekannt und den Kläger darauf aufmerksam zu machen unterlassen, oder wenn er während des Contractes die erforderlichen Reparaturen, trotz der Aufforderung des Klägers, nicht zeitig vorgenommen hätte. In dem vorliegenden Falle ist der Umstand entscheidend, daß der Kläger die Schadhaftigkeit des Gewächshauses gekannt und, wenn er dasselbe dessenungeachtet zur Unterbringung seiner Gewächse benutzt hat, nicht berechtigt sein kann, den Ersatz des durch den Einsturz des Gewächshauses erlittenen Schadens zu verlangen, weil er sich diesen Schaden durch eigene Nachlässigkeit und Unvorsicht selbst zugezogen hat.

§. 781 des BGB.'s.

Soviel den

zu c.

angegebenen Schadenersatzanspruch betrifft, so findet Alles zu a. und b. Gesagte darauf ebenfalls Anwendung.

3. Als einen Schadenanspruch fordert der Kläger den Ersatz des Kostenaufwandes, welchen er bei der Eingrabung, Ausmauerung und Bedachung dreier in der Erde eingemauerter Gewächshäuser gehabt hat. Für diesen Anspruch ist der §. 1201 des BGB.'s maßgebend; es würde der Kläger die Vergütung seiner Verwendungen nur dann fordern können, wenn dieselben entweder für nothwendige zu achten wären oder das erpachtete Grundstück dauernd verbessert hätten. Weder das Eine noch das Andere hat der Kläger thatsächlich zu begründen vermocht. Ist aber die Klage hiernach

nicht fundirt, so läßt sich zwar denken, daß dem Kläger ein jus tollendi zustehen könnte, aber es ist dies ein Gegenstand, welcher nicht hierher gehört.

35.

Zu §§. 1224, 1225 des BGB.'s. — Fortsetzung des Pachtvertrages durch den dritten Erwerber.

II. Sen.-Erk. vom 21. Decbr. 1869 no. 843|885.

Der Schlußsatz des §. 1224, welchen allerdings auch die vorige Instanz in Beklagtens Sinne ausgelegt hat,

> im Falle der Zwangsversteigerung geht die Verbindlichkeit zur Erfüllung des Pacht- oder Miethvertrags, selbst wenn eine Eintragung im Grundbuche erfolgt ist, auf den neuen Erwerber nicht über,

enthält nicht die Vorschrift, daß der Ersteher eines zwangsweise versteigerten Grundstücks von jeder Rücksicht und Verpflichtung gegen den Pachter oder Miether befreit sein solle.

Die §§. 1222—1226, welche dazu bestimmt sind, den Einfluß zu erörtern, welchen eine während der Pacht- oder Miethzeit eingetretene Veränderung in Bezug auf das Eigenthum oder das Benutzungsrecht des Verpachters oder Vermiethers, auf das Pacht- oder Miethverhältniß äußere, müssen in ihrem Zusammenhange geprüft werden und es darf, was namentlich den §. 1224 anlangt, der Schlußsatz desselben nicht aus seiner Verbindung mit dem ersten Abschnitte dieses Paragraphen herausgenommen werden. Liest man den ganzen Paragraphen, so ergiebt sich ganz von selbst, daß der Schlußsatz nur dazu dienen soll, die früher

> Ponath, in den Annalen Bd. I, S. 194.

nicht unbestrittene, in dem Gesetze vom 6. Novbr. 1843 §§. 16, 7 nicht ausdrücklich entschiedene Frage:

> ob eine vertragsmäßige Verpflichtung des Verpachters oder Vermiethers, im Falle einer Veräußerung der Sache dem Erwerber die Erfüllung des Pacht- oder Miethvertrags zur Bedingung zu

18*

machen, wenn dieselbe in das Grundbuch eingetragen worden sei, auch im Falle der Zwangsversteigerung gegen den Erwerber Wirkung habe.

zu entscheiden. Der §. 1224 enthält also in seiner Verbindung mit §. 224 nur den Satz, daß eine Verpflichtung der eben erwähnten Art, wenn sie als Dispositionsbeschränkung in das Grundbuch eingetragen worden ist, zwar im Falle einer freiwilligen Veräußerung des verpachteten oder vermietheten Grundstücks, aber nicht bei einer Zwangsversteigerung desselben, gegen den Erwerber geltend zu machen sei.

Fragt man ferner, wie sich nun eigentlich das Verhältniß zwischen den Contrahenten einer und dem Pachter oder Miether und dem Erwerber andererseits in Folge einer Veräußerung des verpachteten oder vermietheten Grundstücks während der Pacht- oder Miethzeit gestalte, so ist auch diese Frage in den §§. 1222, 1224 und 1225 vollständig und klar entschieden. Die schon bisher in diesem Sinne aufgefaßte Parömie „Kauf bricht Miethe“ hat auch nach §§. 1222 flg. des BGB.'s nicht die Bedeutung, daß durch eine Veräußerung des verpachteten oder vermietheten Grundstücks während der Pacht- oder Miethzeit der Vertrag zwischen den Betheiligten aufgehoben würde, sondern nur den Sinn, daß der Erwerber, als Singular-Successor, an die von seinem Vorgänger im Eigenthume des Grundstücks abgeschlossenen Pacht- oder Miethverträge nicht gebunden und daher, außer dem Falle der im §. 1224 erwähnten, jedoch nur bei der freiwilligen Veräußerung wirksamen Dispositionsbeschränkung, nicht verpflichtet ist, in diese Verträge einzutreten. Indessen ist dabei doch dem Interesse des Pachters insofern Rechnung getragen worden, als nach §. 1225 der dritte Eigenthümer oder Nutzungsberechtigte nur das Recht haben soll, dem Pachter oder Miether zu kündigen und nach Ablauf der in §. 1225 gedachten Kündigungsfristen den Vertrag für erloschen anzusehen. Der §. 1225 ist nicht, wie Beklagter meint, blos auf freiwillige Veräußerungen eines verpachteten oder vermietheten Grundstücks zu beziehen, denn es handelt derselbe ganz allgemein von dem Dritten, welcher das Eigenthum oder Benutzungsrecht an der Sache erwirbt, ohne dabei einen Unterschied in Bezug auf den

Rechtsgrund des Eigenthumserwerbes zu machen. In dieser allgemeinen Fassung entspricht der §. 1225 dem §. 1222, in welchem ausdrücklich gesagt ist, daß der Pachter oder Miether von dem Verpachter oder Vermiether Schadenersatz verlangen könne, wenn während der Dauer des Vertrages das Eigenthums- oder Benutzungsrecht in Folge einer Veräußerung von Seiten des Vermiethers oder Verpachters oder aus irgend einem andern Rechtsgrunde auf einen Dritten übergehe, welcher in die Verpflichtungen des Verpachters oder Vermiethers nicht eintrete. Mit diesem letzteren Satze wird bereits auf das Verhältniß zwischen dem neuen Erwerber auf der einen und dem Pachter oder Miether auf den der andern Seite hingewiesen, es ist daher bei näheren Bestimmungen, welche sich hierüber in den §§. 1225 und 1226 finden, ebenfalls auf die Verschiedenartigkeit der Erwerbsgründe des Eigenthums keine Rücksicht genommen worden. Es würde aber auch eine Beschränkung der Bestimmungen des §. 1225 auf die Fälle einer freiwilligen Veräußerung unrichtig gewesen sein. Denn diese Bestimmungen beruhen auf dem Eigenthume des neuen Erwerbers an dem fraglichen Grundstücke und treten daher auch erst dann ein, wenn derselbe dieses Eigenthum an dem verpachteten oder vermietheten Grundstücke durch seine Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erworben hat. Es liegt aber in dem Begriff und dem Wesen des Eigenthums als der absoluten Herrschaft über eine Sache, daß sich verschiedene Abstufungen desselben nicht denken lassen, es kann daher, auch darauf, aus welchem Rechtsgrunde Jemand das Eigenthum erworben habe, in Bezug auf den Umfang und die Wirksamkeit seines Rechtes an der Sache Nichts ankommen.

Ebensowenig läßt sich behaupten, daß mit den Worten „kann nach einer Eintragung 2c." dem neuen Erwerber die Wahl gelassen worden sei, ob er den Pacht- oder Miethvertrag sofort für erloschen ansehen, oder denselben noch eine Zeit lang fortsetzen und sich nur durch eine zeitige Kündigung vor der Annahme eines stillschweigenden Eintritts in das bisherige Pacht- oder Miethverhältniß sichern wolle. Der Zweck des §. 1225 ist nämlich offenbar dieser, das Recht festzustellen, welches dem neuen Erwerber oder Benutzungsberechtigten gegen den Pachter oder Miether zustehen solle. Daß

es dem ersteren frei stehe, den Pacht- oder Miethvertrag mit dem Pachter oder Miether des Grundstücks fortzusetzen, ist selbstverständlich. Eine Bestimmung dieser Art wäre überflüssig und überdies in der Lehre vom Pacht- und Miethvertrag nicht einmal an ihrer Stelle gewesen. Vielmehr ist im §. 1225 nur das äußerste Maß der Befugnisse, welche dem neuen Erwerber kraft seines Eigenthumsrechtes zustehen sollen, bestimmt angegeben und dabei

Siebenhaar, Commentar ed. II, Bd. II, S. 283.

die Parömie „Kauf bricht Miethe" beschränkt worden. Irgend ein Widerspruch zwischen dem §. 1225 und dem Schlußsatze des §. 1224 besteht nicht. Die im ersten Satze des §. 1224 erwähnte Verpflichtung des Vermiethers oder Verpachters, im Falle einer Veräußerung des Grundstücks dem Erwerber die Erfüllung des Pacht- oder Miethsvertrags zur Bedingung zu machen, kann sich der Natur der Sache nach nur auf eine von dem ersteren freiwillig vorgenommene Veräußerung beziehen, weil bei der Zwangsversteigerung dem Eigenthümer des zu versteigernden Grundstücks das Recht, Bedingungen für den Erwerber zu stellen, nicht zusteht, und auch der subhastirende Richter nicht ermächtigt ist, von den gesetzlich vorgeschriebenen Versteigerungsbedingungen ohne Zustimmung sämmtlicher Betheiligten abzugehen, insbesondere aber dem Ersteher Verpflichtungen aufzulegen, welche die Gebote herabdrücken und den Hypothekengläubigern von Nachtheil werden würden. Auch besagt der Schlußsatz des §. 1224 nur soviel, daß im Falle einer Dispositionsbeschränkung, wie sie der Paragraph angiebt, das Verhältniß des Erwerbers zum Pachter oder Miether dasselbe ist, welches ohne diese Dispositionsbeschränkung eintritt; er ist als dritter Eigenthümer in einem wie in dem andern Falle nicht verbunden, die Pacht- und Miethverträge des bisherigen Eigenthümers zu erfüllen, d. h. sie unter den bisherigen Bedingungen bis zum Ablauf der Contractszeit auszuhalten, es ist aber, wenn er die vorzeitige Räumung verlangen will, die im §. 1225 vorgeschriebene Kündigung erforderlich.

36.

Das Mäklerlohn für Vermittelung eines Vertrages ist nicht schon durch Nachweisung der Person, mit

welcher der Vertrag durch den Promittenten abgeschlossen wird, für verdient zu achten. — BGB. §. 1254.

II. Sen.-Erk. vom 21. Decbr. 1869 no. 901/886.

Schon die vorigen Instanzen haben gegen die Behauptung Klägers, es liege in der von ihm bewirkten Bezeichnung derjenigen Person, mit welcher der Versicherungsvertrag abgeschlossen worden, schon allein das den Anspruch auf die Mäklergebühr bedingende Moment, richtig ausgeführt, daß dafür, was der Mäkler zu leisten habe, um die zugesicherte Vergütung zu verdienen, der Inhalt des jedesmaligen Mäklervertrags maßgebend ist. Die Bl. angezogenen Stellen der

Annalen des OAG.'s Bd. VII, S. 74 und S. 354

ergeben bei unbefangener Betrachtung zur Genüge, daß durch die Disposition in §. 1254 des BGB.'s blos Dasjenige gesetzliche Anerkennung gefunden hat, was bereits bisher in der Praxis als bestehendes Recht betrachtet wurde. Denn in dem Bl. erwähnten Rechtsfalle ist die Entscheidung darauf gesetzt, daß in dem betreffenden Vertrage das Mäklerlohn davon abhängig gemacht worden, daß der Mäkler „einen Käufer zuschicke", daß aber dasjenige, was derselbe zu solchem Behufe gethan, diesem Erfolge gleichzustellen sei. Wie wenig ferner das Bl. Gesagte im Sinne Klägers zu verstehen sei, beweisen die Bemerkungen Bl. und die dabei angezogenen Präjudizien, in welchen allenthalben der Wortlaut und Sinn des Vertrags im concreten Falle als entscheidend hervorgehoben, nirgends aber ausgesprochen ist, daß ohne alle Rücksicht auf diesen die Mäklergebühr schon dann für verdient zu achten sei, wenn der Mäkler seinem Mitcontrahenten die zum Abschlusse des beabsichtigten Vertrags geeignete Person — den wirklichen Abschluß mit selbiger vorausgesetzt — nach- oder zugewiesen habe.

Im vorliegenden Falle ist Inhalts Einlassungs-Abschn. 3—3d Klägern die fragliche Provision für die auf Lebenszeit geschlossenen Versicherungen, welche durch seine, Klägers, Vermittelung zum Abschlusse kommen würden, zugesichert und danach haben die vorigen Instanzen mit Recht angenommen, daß Kläger, um Anspruch auf die Provision zu erwerben, nicht blos einen Versicherungslustigen



nachgewiesen, sondern noch eine weitere, für den Abschluß des Vertrags erfolgreiche Thätigkeit durch Verkehr mit dem Letzteren, beziehentlich durch Einwirkung auf dessen Willensrichtung entwickelt haben müsse. In solcher Weise ist nun aber Kläger seinerseits dem Inhalte der Klage zufolge für das Zustandekommen des Vertrags nicht thätig gewesen. Abgesehen von dem auf die Anknüpfung der Verhandlung bezüglichen Rathe in Einlassungs-Punkt 69 hat Kläger mit dem Versicherungslustigen persönlich gar nicht verkehrt, die Versicherung ist vielmehr durch die in Einlassungs-Abschn. 73 genannten Beamten der Gesellschaft mit dem Letzteren verhandelt und abgeschlossen worden. Die Bl. geltend gemachte Ansicht, daß diese Personen nur als Stellvertreter anzusehen seien, deren Kläger selbst sich als Mittelspersonen bedient und deren Wirksamkeit daher als die seinige zu gelten habe, ist zwar rechtlich nicht undenkbar, jedenfalls aber der actenmäßigen Sachlage nach thatsächlich unbegründet.

37.

Der Depositar kann zu Rückgabe des Depositi (BGB. §. 1267) nicht ein modicum tempus beanspruchen.

II. Sen.-Erk. vom 16. Decbr. 1869 no. 829/865.

Kläger fordert Zurückgabe der von ihm dem Beklagten am 22. Mai 1868 zur Aufbewahrung übergebenen Summe von 200 Thalern sammt Verzugszinsen von Zeit der erhobenen Klage an gerechnet. Der Grund der Forderung beruht also — auch die Parteien sind hierüber einverstanden — auf einem Hinterlegungsvertrage (Depositum), für welchen die Vorschriften in §. 1260 flg. des BGB.'s maßgebend sind. Nach diesen aber kann der Hinterleger die hinterlegte Sache zu jeder Zeit zurückfordern (§. 1267) und der Verwahrer hat bezüglich der Zurückgabe nicht einmal ein modicum tempus zu beanspruchen.

Siebenhaar, Commentar ed. II, Bd. II, S. 301.

Somit kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Verwahrer, welcher der Aufforderung des Hinterlegers zur Zurückgabe nicht als

bald nachkommt, durch diese Säumniß in Verzug geräth und deshalb zur Entrichtung von Verzugszinsen gehalten ist.

38.

Zur Lehre vom Mäklervertrage — BGB. §. 1294 flg. — Einfluß der §§. 822, 824.

II. Sen.-Erk. vom 19. Mai 1870 no. 308 308.

Insoweit als Kläger seinen Anspruch auf Gewährung eines Mäklerlohns von 1000 Thalern darauf gegründet, daß er Beklagtem den Schlossermeister Sch. als Grundstückskäufer zugewiesen und den Abschluß eines Grundstückskaufs mit diesem vermittelt, kommt in Erwägung, daß Kläger nirgends in der Klage zu behaupten vermocht, es sei über den angeblichen Kauf zwischen Beklagtem und Sch. eine Urkunde aufgesetzt und vollzogen worden, daß also dieser Kauf anscheinend niemals zur Perfection gelangt (vgl. §§. 822 und 824 flg. des BGB.'s) und mithin auch von einem Anspruche auf Mäklerlohn nicht die Rede sein kann.

Commentar zu dem BGB. Bd. II, zu §. 1256, S. 297 der 2. Ausg.

Insoweit aber, als Kläger von Beklagtem Mäklerlohn um deswillen fordern zu können glaubt, weil Letzterer mit der verehelichten Sch. einen Grundstückskauf abgeschlossen, steht ihm entgegen, daß er diesen Kauf geständlich überhaupt nicht vermittelt und daß das Anführen, zumal wenn man damit die späteren Auslassungen in Verbindung bringt, viel zu unbestimmt lautet, als daß daraus mit Sicherheit entnommen werden könnte, Kläger habe Beklagtem die verehelichte Sch. als Käuferin zugewiesen.

39.

Zur Lehre von der negotiorum gestio — BGB. §. 1339 flg., insbesondere §. 1343.

II. Sen.-Erk. vom 27. Jan. 1870 no. 979/975.

Da Kläger selbst angeführt hat, daß er sich auf einen, ihm Seiten Beklagtens — des Stadtrathes zu L. — ertheilten Auf-

trag zu Verlegung eines Tractes der Schleuße auf der Münzgasse zu L. zu beziehen nicht vermöge, so kann es sich nur noch fragen, ob die erhobene Klage vielleicht aus dem Gesichtspunkte einer actio negotiorum gestorum contraria aufrecht zu erhalten sei, und dies ist entschieden zu verneinen.

Denn nach der eignen Sachdarstellung Klägers ist die eigentliche Veranlassung zu jenem Schleußenbau folgende gewesen:

Im Jahre 1865 hat L. B., als Vertreter seiner Ehefrau, der Besitzerin zweier, auf der Münzgasse zu L. unter Nr. 20 u. 21 gelegenen Häuser, Klägerm Auftrag ertheilt, das eine dieser Häuser und zwar das mit Nr. 21 bezeichnete, niederzureißen und nach einem, von dem Stadtrathe zu L. als Baupolizeibehörde vorher genehmigten Bauplane wieder aufzubauen. Als nun der Grund gegraben worden, sind die von Klägerm hiermit beauftragten Arbeiter auf die Hauptschleuße der Münzgasse gestoßen, welche in die Baufluchtlinie des neuzuerbauenden Hauses hineingeragt. Kläger hat hierauf B.'n mitgetheilt, daß der Bau nicht eher fortgesetzt werden könne, als bis dieser, in die Baufluchtlinie hineinragende Theil der Schleuße entfernt und der Lauf der letzteren verlegt worden sei und nunmehr ist Seiten des Stadtraths zu L., welchem B. hierüber Anzeige erstattet gehabt, erlaubt worden, daß die fragliche Schleuße unter Aufsicht des Rathsbauamtes verlegt werde.

Nach diesen Vorgängen ist nun soviel klar, daß Kläger, indem er sich der Schleußenverlegung unterzog, sich selbst sagen müssen, wie er dies keineswegs für den Stadtrath, sondern für B.'n, von welchem er Auftrag zur Erbauung eines neuen Hauses und damit stillschweigend zugleich Auftrag zu Vornahme derjenigen Arbeiten, ohne welche die Ausführung des Baues nicht wohl möglich, hatte, mit welchem er ferner über die Nothwendigkeit der Verlegung des Schleußentracts gesprochen, auf dessen Geheiß er endlich den alten Schleußentract blosgelegt, thue, und es hat Kläger hierunter zu einer anderen Ansicht auch durch die erzählten Verhandlungen mit dem Rathsbaudirector D. und dem Brandmeister Sch. nicht gelangen können, da aus dem, was diese beiden Personen gegen ihn erklärt haben sollen, für ihn eben nicht mehr zu ersehen gewesen, als daß der Stadtrath die Verlegung des Schleußentracts genehmigt und in welcher Weise die Verlegung zu geschehen habe.

Selbst wenn jedoch auch Kläger bei Ausführung des neuen Schleußenbaues in der Meinung gestanden haben sollte, er handle für den Stadtrath, würde zu einer ihm günstigen Entscheidung nicht zu gelangen sein. Denn es würde dann angenommen werden müssen, daß er sich über die Person des Geschäftsherrn geirrt habe und in einem solchen Falle hat nach der Vorschrift in §. 1343 des BGB.'s derjenige als Geschäftsherr zu gelten, dessen Geschäfte geführt worden sind. Als derjenige aber, dessen Geschäfte Kläger in Wirklichkeit geführt, erscheint immer wieder nicht der Stadtrath zu L., sondern der obengenannte B., beziehentlich dessen Ehefrau. Wenigstens ist aus den Acten in keiner Weise zu ersehen, daß für den Stadtrath eine Nothwendigkeit vorhanden gewesen, den fraglichen Schleußentract zu verlegen, oder daß derselbe von der Verlegung irgend einen Nutzen, daher an solcher ein Interesse gehabt hätte. Namentlich konnte für den Stadtrath daraus, daß er den B.'schen Hausbauplan genehmigt, höchstens nur etwa die Verpflichtung, die Verlegung des oftgedachten Schleußentracts zu gestatten, und niemals die Verpflichtung, die Verlegung selbst und aus den Mitteln der Stadt L. zu bewirken, erwachsen. Es befindet sich daher auch Kläger in einem vollkommenen Irrthume, wenn er meint, der Stadtrath würde, wenn er, Kläger, die beregte Schleußenverlegung nicht ausgeführt hätte, deren Ausführung einem andern Baumeister haben übertragen müssen.

40.

Zur Lehre vom Anerkenntnißvertrage — BGB. §. 1397 flg. — Was heißt eine Forderung begleichen?

II. Sen.-Erk. vom 16. Decbr. 1869 no. 859|861.

Der Inhalt des von Klägers Sachwalter an Beklagten gerichteten Briefes, Klagbeifuge A, besteht nur in einer Aufforderung, diejenigen 162 Thlr. 1 Ngr. umgehend zu zahlen, welche der Beklagte dem Kläger nach dessen Angabe noch schulde, ohne daß dabei ein Anerkenntniß oder Zahlungsversprechen des Beklagten gefordert würde, es ist also dieser Mahnbrief kaum geeignet, die Stelle der zum voraus erklärten Acceptation eines Anerkenntnisses oder einer Zusage späterer Zahlung zu vertreten. In der angeblichen Antwort des Beklagten —

dem Briefe B. — ist aber weder die Erklärung desselben, daß er die Forderung des Klägers als richtig anerkenne, noch ein ausdrückliches Versprechen, dieselbe zu bezahlen, sondern lediglich eine Bitte um Gestundung zu finden, zu deren Motivirung angeführt ist, es sei der Beklagte, da er bedeutende laufende Zahlungen zu leisten habe, außer Stande, die Forderung Klägers von 162 Thlr. 1 Ngr. zu begleichen. Ob mit diesem, in der Geschäftssprache weniger üblichen und unbestimmten Ausdrucke eine Zahlung der vollen Forderungssumme, oder eine Auseinandersetzung anderer Art gemeint worden sei, ist nicht mit Sicherheit zu erkennen; wollte man aber auch das Wort „begleichen" mit dem Worte „bezahlen" als gleichbedeutend nehmen, so würde es immer an der zum Abschlusse eines Anerkennungsvertrages auf Seiten des Schuldners erforderlichen, auf Begründung einer neuen und selbstständigen Verbindlichkeit gerichteten, Willenserklärung fehlen. Durch eine Bitte um Gestundung wegen augenblicklicher Geldverlegenheit, wie sie der Brief B. ausspricht und deren Gewährung wird nach §. 1400 des BGB.'s kein Anerkennungsvertrag abgeschlossen. Höchstens ließe sich sagen, daß der Beklagte, weil er die Forderung, zu deren sofortiger Zahlung er durch den Brief A aufgefordert worden war, ihrem Betrage nach erwähnt, ohne Ausstellung dagegen zu machen, die Richtigketi derselben habe einräumen wollen. Ein außergerichtliches Zugeständniß dieser Art konnte aber, da die Klage durchgehends auf den Eid gestellt und auf einen Arerkenntnißvertrag gestützt worden ist, nicht in Betracht kommen.

41.

Zur Lehre von der Bürgschaft und dem Creditauftrage — §§. 1449, 1476 flg. — Beurtheilung der Bürgschaftsurkunde. — Haftung wegen der Kosten der Vorausklage. — BGB. §. 1456.

II. Sen.-Erk. vom 14. Decbr. 1869 no. 926|853.

Der Ansicht des Beklagten, welche auch in den Rationen der beiden vorigen Erkenntnisse Billigung erfahren hat, daß der Inhalt der Urkunde sub A an und für sich allein zur Begründung der vorliegenden Klage nicht ausreichen würde, hat man in gegen-

wärtiger Instanz nicht beizupflichten vermocht. In dieser Urkunde sind zwar die Verbindlichkeiten C. G.'s, für welche der Beklagte haften zu wollen erklärt, ihrem Gegenstande und Entstehungsgrunde nach, nicht näher bezeichnet. Allein es sind in derselben doch wenigstens die Person des Schuldners und die Firma der Kläger, für deren Forderungen der Beklagte einzustehen hatte, angegeben worden. Hiernach ist die Urkunde A keineswegs so unbestimmt, daß sich der Sinn und Zweck des Vertrages ohne äußerliche Hülfsmittel daraus nicht erkennen ließe. Denn hat sich Jemand ohne irgend eine Beschränkung rücksichtlich der Entstehungsgründe, der Zeit oder des Betrages, also ganz im Allgemeinen für die Schulden eines Dritten an eine bestimmte Person verbürgt, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß er für alle Verpflichtungen, welche aus Rechtsgeschäften zwischen jenem Dritten und dieser bestimmten Person auf Seiten des Ersteren entstehen, haften wolle. Im vorliegenden Falle ist aber auch noch besonders zu gedenken, daß als Gläubigerin die Handelsfirma der Kläger benannt worden ist, somit also noch weniger Zweifel darüber obwalten kann, daß Beklagter für alle, aus der Geschäftsverbindung des C. G. mit dieser Firma originirenden Verpflichtungen habe einstehen wollen. Bei der umfassenden Erklärung des Beklagten in der Urkunde A ist dessen Haftpflicht theils auf die zur Zeit der Ausstellung dieser Urkunde bereits begründeten, theils auf die künftig noch entstehenden Verpflichtungen zu beziehen. In der ersteren Hinsicht enthält dieselbe daher eine gewöhnliche Bürgschaft, in der letzteren dagegen einen nach §. 1476 flg. des BGB.'s zu beurtheilenden Creditauftrag. Der Ausdruck „Verbindlichkeiten" steht dieser Auslegung und der Beziehung der Urkunde auf künftige Verpflichtungen nicht entgegen, weil die Haftung des Beklagten erst dann ins Leben treten konnte, wenn eine Verpflichtung zur Entstehung gelangt war.

In dieser Erwägung ist dem zweiten Erkenntnisse eine Erläuterung beigefügt worden, nach welcher es an sich zum Beweise der Haftpflicht des Beklagten für die in der Klage gedachten Forderungen der Kläger genügt, wenn der Beklagte ihnen die Urkunde A ausgestellt hat. Dem Beklagten würde es freistehen, im directen Gegenbeweise Umstände auszuführen, welche eine andere und

beschränktere Interpretation dieser Urkunde zu rechtfertigen vermöchten; und für diesen Fall muß es dem Ermessen der Kläger überlassen bleiben, ob sie vorsorglich solche Thatsachen in den Kreis ihrer Beweisführung aufnehmen wollen, welche geeignet wären, die der gegenwärtigen Entscheidung zu Grunde liegende Auslegung der gedachten Urkunde gegen die etwaige Ausführung im directen Gegenbeweise zu sichern.

Da bei dem Creditauftrage der Auftraggeber für die seinem Auftrag gemäß entstandene Schuld des Dritten als Bürge haftet (vgl. §. 1476 des BGB.'s), so erscheint nach §. 1456 der Anspruch der Kläger auch rücksichtlich der durch die Einklagung der Hauptschuld entstandenen Kosten als schlüssig begründet.

Da nach der Auffassung der gegenwärtigen Instanz die Verpflichtung des Beklagten, für die Forderungen der Kläger an C. G. zu haften, auf einen Creditauftrag gegründet ist, so würde nach §. 1478 des BGB.'s dieselbe erloschen sein, wenn die Kläger dem Hauptschuldner ohne Genehmigung des Beklagten eine Gestundung gegeben hätten, und es würde dabei nicht noch des in §. 1466 am Schlusse gedachten besonderen Nachweises bedürfen, daß dies unter Verhältnissen geschehen sei, unter welchen der Vermögensverfall des Hauptschuldners vorausgesehen werden können. Nun kann aber weder darin, daß die Kläger, welche am 9. Juli 1868 noch eine Baarzahlung von 50 Thlrn. empfangen hatten, mit der Anstellung der Klage gegen den Schuldner bis zum 15.—18. September 1868 Anstand genommen, noch in dem Abschlusse eines prozeßgerichtlichen, nach §. 85 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 zur Einleitung des executivischen Verfahrens geeigneten und somit zur Abkürzung des Prozesses dienenden Vergleiches, bei welchem dem Beklagten eine Zahlungsfrist von 6 Wochen gesetzt worden ist, eine Gestundung im Sinne des §. 1478 erblickt werden.

42.

Ueber Verschuldung des Gläubigers durch dem Hauptschuldner ertheilte Stundung. — BGB. §. 1466.

II. Sen.-Erk. vom 20. Jan. 1870 no. 950|953 von 1869.

Was die Bezugnahme Beklagtens auf §. 1466 des BGB.'s

betrifft, so hat derselbe im Exceptionssatze und erläuternd im Duplíksatze zwar darauf hingedeutet, daß nach Ablauf der für die Hauptverbindlichkeit bestimmten Zahlungsfrist dem Hauptschuldner vom Kläger Nachsicht gewährt worden und Ersterer seitdem in Abfall der Nahrung gerathen sei. Thatsachen aber, welche — wie, um zur Anwendung des §. 1466 zu gelangen, erforderlich wäre — erkennen ließen, daß Kläger es verschuldet habe, daß er Befriedigung vom Hauptschuldner nicht erlangen könne, insbesondere, daß die nach Ablauf der ursprünglich bestimmten Erfüllungszeit dem Letzteren ertheilte Nachsicht unter Umständen verwilligt worden sei, unter welchen der Kläger vorherzusehen gehabt hätte, daß der Hauptschuldner in Vermögensverfall gerathen werde, sind vom Beklagten nicht angeführt, weniger noch in der für den vorliegenden Urkundenprozeß erforderlichen Weise bescheinigt worden. Die dem Hauptschuldner bei Verfall der Schuld stillschweigend gewährte Nachsicht allein begründet noch keine Gestundung im Sinne der Bestimmung in §. 1466, selbst wenn diese Nachsicht zu einer Zeit geübt wird, welche sich für die Erwerbs- und Nahrungsverhältnisse des Schuldners thatsächlich nicht günstig gestaltet. Denn eine derartige schonende Maßnahme enthält an sich noch nicht die Verwilligung einer Stundung für eine Periode, bezüglich welcher subjectiv, und gerade auf dieses Merkmal kommt hier Alles an, der Gläubiger hätte erkennen müssen, daß in dieser Periode der Vermögensverfall beim Schuldner zu erwarten stehe.

43.

Zu Auslegung der §§. 1693, 1694 des BGB.'s (Receptitien).

II. Sen.-Erk. vom 3. Dec. 1869 no. 816/828.

Unhaltbar ist die beschränkte Auslegung, welche Kläger den in §. 1693 des BGB.'s ertheilten Vorschriften dahin gegeben wissen will, daß dieselben nur auf einen vor der Verehelichung erfolgten Receptitien-Vorbehalt der Ehefrau selbst oder des Dritten, welcher ihr etwas zuwendet, zu beziehen seien. Der Wortlaut dieser Vorschriften ließe sich, wegen des ausschließlichen Gebrauches der Aus-

drücke: „Ehefrau" und „Ehemann", weit eher für eine restrictive Interpretation in dem entgegengesetzten Sinne benutzen. Indessen ist die erwähnte Gesetzstelle, wie namentlich auch aus dėn sich anschließenden Bestimmungen in §. 1694 des BGB.'s unzweideutig erhellt, offenbar sowohl von einem vor, als von einem nach Eingehung der Ehe gemachten Vorbehalte der bezeichneten Art zu verstehen, und die eben hervorgehobenen Ausdrücke sind lediglich der Kürze halber aus dem Grunde gewählt worden, weil es sich darum handelte, die rechtlichen Wirkungen eines solchen Vorbehaltes während Bestehens der Ehe festzustellen.

Bemerkungen in Siebenhaar's Commentar zu §. 1693, Bd. III, S. 73, 1. Aufl.

Ferner läßt sich nicht füglich einsehen, wie aus dem beigebrachten Vergleichsprotocolle vom 5. Decbr. 1865 hinsichtlich des hier in Rede stehenden, der Beklagten erst im Jahre 1868 angefallenen Vermögens eine „andere Bestimmung" in derjenigen Bedeutung, in welcher §. 1693 des BGB.'s einer solchen gedenkt, sich ergeben soll. Denn die in diesem Protocolle verlautbarte Vereinbarung, durch welche dem Kläger die unumschränkte Nutznießung an dem gesammten Vermögen der Beklagten zugestanden worden ist, berührt im Zweifel nur das zur Zeit des Abschlusses derselben vorhanden gewesene eheweibliche Vermögen, und wenn der Kläger diese Auffassung um deswillen bestreitet, weil jene Vereinbarung, bezöge sie sich nur auf das damalige Vermögen der Beklagten, entweder etwas Selbstverständliches oder in dem Falle der Receptienqualität dieses Vermögens eine nach §. 1694 des BGB.'s ungültige Stipulation enthalten würde, so verkennt derselbe gänzlich, daß das betreffende Uebereinkommen den Bestandtheil eines zur Schlichtung der zwischen den Parteien entstandenen Differenzen getroffenen Vergleichs bildet und in §. 1694 des BGB.'s lediglich die schenkungsweise Ueberlassung der Nutzungen des bereits erworbenen Receptiengutes an den Ehemann für unwirksam erklärt wird.

Kleine Bemerkungen für die civilistische Praxis.

Von Dr. Pöschmann.

1.

Die Form der Verurtheilung im Executivprozeß.

Nicht selten findet man in dem Executivprozesse die Verurtheilung, welche sich in keiner Weise anders als die im gewöhnlichen Prozeß zu gestalten hat*), in der Form:

daß Beklagter die geforderten 300 Thlr. sammt Zinsen zu 5% von Zeit erhobener Klage an, soviel er daran durch richtige Quittung zu mindern nicht vermag, dem Kläger zu bezahlen schuldig.

Ja es wird wohl auch bereits die Klagbitte in dieser oder ähnlicher Art geförmelt, welche den Spruchrichter, um nicht „ultra petita" zu erkennen, zu Anwendung jener Formel nöthigt, wie denn bei einer Verurtheilung in dieser Weise, auf des Beklagten Rechtsmittel für den Oberrichter zu einer Wegnahme jener ausgehobenen Clausel kein Anlaß vorliegt. Gleichwohl beruhte diese Formel, welche von Hommel**) seiner Zeit mit Recht, abweichend von der für den Ordinarprozeß***), aufgezeichnet wurde und Capital wie Zinsen berührte, auf einer durch das Executionsgesetz vom 28. Februar 1838 aufgehobenen Verschiedenheit des Executionsverfahrens in dem ordentlichen und in dem Executiv-

---

*) Die von Osterloh, die summar. bürgerl. Prozesse §. 38, 3. Aufl. S. 117 ad nota 12 ausgehobene Bestimmung des Anhangs zur Erl. Pr.-Ordn. §. 10 hat dermalen keine besondere Bedeutung mehr, da alles hier Hervorgehobene auch für den Ordinarprozeß zu berücksichtigen ist.

**) Flavius, s. v. Executiv-Prozeß, 3. Ausg. S. 274 flg.

***) Das. s. v. Condemnatoria, S. 157 flg.

prozesse. Während nämlich im ersteren ein besonderer Liquidi-constitutionstermin anzuberaumen war und in diesem die sog. exceptiones privilegiatae vorgeschützt werden konnten*), fiel, wie Osterloh**) richtig bemerkt, dieser Termin im letzteren hinweg, und es mußte daher, sollte dem Beklagten wenigstens die exceptio solutionis, soweit er solche durch Quittung zu bescheinigen vermochte, salvirt sein, ein hierauf bezüglicher Vorbehalt im Urthel — der oben ausgehobene — gemacht werden. Dies ist aber durch das Executionsgesetz §. 20 flg. in doppelter Beziehung geändert. Erstens kennt dieses Gesetz jenen Termin nicht und für beide Prozeßarten in dem Executionsstadium eben nur ein Verfahren, nämlich das §. 1 flg. geordnete, und zweitens, ist die Bedeutung der sog. exceptiones privilegiatae in §. 21 geändert und insbesondere die der exceptio solutionis dahin beschränkt, daß diese Einrede in der Executionsinstanz nur dann berücksichtigt werden darf, wenn der Verurtheilte „den obsiegenden Theil in Gemäßheit des Erkenntnisses" — also nach dessen Bekanntmachung***) — „befriedigt hat" und dies in der §. 20 vorgesehenen Weise zu bescheinigen vermag. Ist aber die im Eingange dieser Abhandlung bemerkte Formel — nach dem Vorstehenden irrthümlich — gebraucht, so muß die exceptio solutionis, welche dem Beklagten bereits vorher erwachsen war und durch Quittung unterstützt werden kann, auch noch im Executionsstadium berücksichtigt werden.

2.

Ueber das Pro- und Reproductionserkenntniß bei der Definitive.

In §. 16 der sog. Prozeßnovelle vom 30. Dec. 1861 sind

---

*) Das Nähere über diese Antiquität giebt Biener, Syst. ed. IV. §. 211 sq.

**) a. a. O. §. 39 nota 3, S. 119.

***) An sich könnte zweifelhaft sein, ob der präjudicielle Zeitpunkt der der Publication, oder der der Rechtskraft sei. Allein in Berücksichtigung der Ausdrucksweise in §. 21, unter b. c. d. wird man wohl annehmen dürfen, daß auch unter a. der ersterwähnte Zeitpunkt gemeint sei.

nur „die besonderen Productions- und Reproductionserkenntnisse abgeschafft," dagegen ist über dieselben, soweit solche mit der Definitive verbunden werden, Etwas nicht bestimmt. In der Praxis wird zumeist vor der eigentlichen Endentscheidung, d. i. der Beurtheilung der Beweisergebnisse ein solches interlocutorisches Erkenntniß „nachgeholt"*), wogegen andere Spruchrichter ohne Weiteres in das Materielle der Sache eingehen und die jener nachgeholten Interlocutoria an sich zufallenden Punkte nur in den Entscheidungsgründen nebenbei berühren. Dies hat den Vortheil, daß mancher Anlaß zu unnöthigen Rechtsmitteln vermieden wird und erscheint, wie es gegen kein bestehendes sächsisches Gesetz verstößt, wohl aber durch obige Gesetzesbestimmung, wenn selbst anscheinend nicht dem Wortlaute, doch der Sache nach angeleitet ist, da Etwas, was selbständig nicht existirt, auch nicht wohl „nachgeholt" werden kann, nunmehr um so gewisser empfohlen, als das Oberappellationsgericht in neuerer Zeit**) in Bezug auf solche interlocutorische Bemerkungen, welche nach dem sonstigen Inhalte der Endentscheidung mit einer decisiven Folge nicht verknüpft gewesen, wenn solche auch an sich von dem einen oder dem anderen Theile mit Recht angefochten werden konnten, aus der Unterlassung des Rechtsmittels Rechtskraft in dem formellen Punkte nicht angenommen hat, weil — wie in dem angezogenen Urthel bemerkt ist — anderen Falles in einer der heutigen auf Erörterung des materiellen Rechts abzielenden Prozeßtheorie nicht entsprechenden Weise ganz unnöthige und beziehentlich eventuelle Rechtsmittel provocirt werden. Auch kann versichert werden, daß sich in Fällen, wo der Spruchrichter mit Weglassung des Interlocutes, sofort zur eigentlichen Definitive übergegangen war, Uebelstände nicht gezeigt und die Parteien oder die höheren Instanzen an dieser Modalität Anstoß nicht genommen haben.

---

*) Dies ist der technische Ausdruck, wie zu vergl. bei Hommel, Flavius s. v. Productio no. II.

**) Annalen, N. F. Bd. VII. S. 298.

3.

Geht der Beklagte im Executionsprozesse der nicht innerhalb der in der nach §. 89—91 des Executionsgesetzes vom 28. Jan. 1838 erlassenen Verfügung gesetzten Frist vorgebrachten Einwendungen gegen die Formalien dieser Auflage und die Schlüssigkeit der Klage verlustig?

Die vorstehende Frage war seit Erlaß des Executionsgesetzes eine controverse. Die verschiedene Beantwortung, welche sie in Anlaß der Auslegung des §. 91 dieses Gesetzes gefunden hat, und die für die eine oder die andere Meinung anzuführenden Gründe sind bereits des ausführlicheren von Siebenhaar*) im Jahre 1854 mitgetheilt, ohne daß sich seitdem eine feste Praxis gebildet hätte**). Indem man auf diese Ausführung verweist, mag nur noch bemerkt werden, daß die die obige Frage bejahende Meinung sich in sofern noch in einer doppelten Beziehung abstufte, als erstens unterschieden werden wollte: ob Beklagter innerhalb der Frist überhaupt — wenn auch nicht gerade die relevanten — Einwendungen erhoben habe oder nicht? und zweitens: ob die nicht vorgetragenen Einwendungen die Zulässigkeit des Executionsprozesses mit Hinsicht auf Form und Inhalt der Urkunden — so zu sagen die Schlüssigkeit der Executionsklage — oder Mängel der Zahlungsauflage, durch deren Legalität der Eintritt des in §. 91 des Gesetzes vorgezeichneten Präjudizes bedingt ist und die Anwendung eines gesetzlich unstatthaften Executionsmodus betreffen***)?

Bei dem OAG. machte sich bis in die neuere Zeit ein Unterschied in der Spruchpraxis und in der Verordnungspraxis, also eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem zweiten und

*) Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw., N. F. Bd. XIII, S. 502 flg.

**) Eine Zusammenstellung für und wider erfolgter Entscheidungen giebt Wengler, das Executionsgesetz rc. Leipzig 1871 (Roßberg'sche Buchh.) S. 195. Derselbe spricht sich übrigens für die Verneinung der Frage aus.

***) Man vergl. z. B. Wochenbl. f. m. Rechtf. 1858 S. 112.

dritten Senate als Extrajudizialsenate*) geltend. Während nämlich ersterer in den Fällen durch Urthel zu cognosciren hatte, wo es in Folge von Einwendungen des Beklagten zu einer Bescheidsertheilung nach §. 95 des Gesetzes gekommen und bis zur dritten Instanz remedirt worden ist, tritt der Fall der Entscheidung Seiten des Extrajudizialsenates durch Verordnung dann ein, wenn das Prozeßgericht entweder die Ausfertigung bei Prüfung der Klage nach §. 86 verweigert, auf Appellation oder Beschwerde des Klägers die zweite Instanz bestätigt und nun Kläger die dritte Instanz angerufen oder Beklagter zwar rechtzeitig Einwendungen erhoben, jedoch das Prozeßgericht die rechtzeitig erhobenen Einwendungen nach §. 93 a. f. zurückgewiesen hat, und nun auf Appellation Beklagtens die zweite Instanz reformirt, dagegen aber Kläger die Entscheidung dritter Instanz provocirt; nach Befinden aber auch in geeigneten Fällen in den späteren Stadien der aus dem Executionsprozesse sich entwickelnden Execution.

Der Extrajudicialsenat hatte nun früher**) die die in der Ueberschrift enthaltene Frage bejahende Meinung, der Civilsenat dagegen***) die verneinende befolgt, allein auch ersterer zuletzt in Sachen Klein c. Luftin, Verordn. v. 1. Oct. 1870, sich der letzteren angeschlossen. In neuester Zeit gelangte nun diese Frage fernerweit in einem Falle zu der Cognition des Civilsenates, wo Beklagte zwar rechtzeitig eine materielle Einwendung, worauf Termin anberaumt worden, kurz vor diesem aber einen formellen Einwand gegen die Grundlagen der Executionsklage vorgebracht, das Prozeßgericht diesen verworfen, das AG. (Dresden) solchen berücksichtigt und nun Kläger zur dritten Instanz remedirt hatte.

---

*) Man vergl. Annalen Bd. I, S. 10 flg.

**) z. B. in dem im Wochenblatt f. m. Rechtsf. 1853 S. 371 mitgetheilten Falle, ebenso wie zuletzt in einer Verordn. vom 4. Juli 1868 in Sachen Richter c. verehel. Schmidt.

***) z. B. in dem in Ackermann's Rechtssätzen, N. F. Bd. X, S. 58 berührten Falle.

Es erschien angemessen, eine nochmalige Erwägung der Frage in einem combinirten Senate eintreten zu lassen, und wurde nach nochmaliger Vorführung der für und wider sprechenden Gründe, deren Wiedergabe man sich in Hinblick auf die Eingangs gedachte Ausführung Siebenhaar's überheben kann, mit einer die Annahme einer ferneren Meinungsschwankung in der Praxis ausschließenden Majorität beschlossen, die verneinende Meinung des Civilsenats beizubehalten, beziehentlich künftig zu befolgen*).

*) II. Sen.-Erk. v. 20. Juni 1871 in Sachen Herzog c. verehl. Schmidt.

Präjudizien.

Materielles Strafrecht.

7.

Die Vorschrift des Art. 130 des RStGB.'s ist in Folge des Erlasses des NDStGB.'s außer Kraft getreten*).

Verordn. vom 27. Febr. 1871 no. 145/133.

Daß das in Rede stehende, im Art. 130 des RStGB.'s erwähnte Vergehen zu den im Norddeutschen StGB. mit Strafe bedrohten Handlungen nicht gehört und daher auch, an sich betrachtet, nach den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs einer Bestrafung nicht unterliegt, wird auch von dem Staatsanwalt zugegeben; derselbe geht jedoch von der Ansicht aus, daß der Art. 130 des RStGB.'s nach §. 2 des Einführungsgesetzes vom 31. Mai 1870 noch fortbestehe und auch jetzt noch neben den Strafvorschriften des Norddeutschen StGB.'s in Anwendung zu bringen sei; dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden, denn nach der angezogenen Stelle des Einführungsgesetzes soll das Bundes- und Landesstrafrecht nur in soweit, als dasselbe Materien betrifft, welche nicht Gegenstand des NDStGB.'s sind, in Kraft bleiben, und daraus folgt noch keineswegs, daß alle einzelne Bestimmungen des Landesstrafrechts, welche durch die Vorschriften des NDStGB.'s nicht ausdrücklich aufgehoben oder erledigt worden oder sonst nicht geradezu unvereinbar mit denselben sind, ihre gesetzliche Geltung fortbehalten; es treten vielmehr alle derartige Bestimmungen schon dann außer Kraft, wenn die Handlungen, auf welche sie sich beziehen, überhaupt nur zu einer bestimmten Classe von Verbrechen oder Ver-

---

*) vergl. auch S. 29 sub no. 13.

gehen gehören, die im Ganzen Gegenstand des NDStGB.'s sind, da solchenfalls, wie Bl. richtig bemerkt worden ist, nothwendig angenommen werden muß, daß die betreffende Materie in ihrem ganzen Umfange vollständig hat erschöpft werden sollen.

Erwägt man nun, daß das der K. beigemessene, im Art. 130 des RStGB.'s erwähnte Vergehen jedenfalls zu den Staatsverbrechen im Allgemeinen und insbesondere zu denjenigen gehört, welche in der Ueberschrift des ersten Capitels des zweiten Theiles des RStGB.'s als „andere die Sicherheit des Staats gefährdende Handlungen" bezeichnet und in den Artikeln 125—131 aufgeführt worden, daß demnächst in dem NDStGB. die Staatsverbrechen ganz ausführlich behandelt und daß dabei namentlich auch die sämmtlichen übrigen in den nur angezogenen Artikeln des RStGB.'s erwähnten Handlungen nach §. 110, 125, 129, 131 des NDStGB.'s mit berücksichtigt worden sind, ja daß selbst der Inhalt des Art. 130 des RStGB.'s theilweise und für den Fall, daß die Verbreitung erdichteter oder entstellter Nachrichten in der Absicht geschieht, dadurch Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit verächtlich zu machen, durch die Strafvorschrift des §. 131 des NDStGB.'s mit betroffen wird, so läßt sich offenbar nicht behaupten, daß der Art. 130 des RStGB.'s eine Materie betreffe, die gar nicht Gegenstand des NDStGB.'s gewesen, sondern man ist vollkommen zu der Annahme berechtigt, daß die Verbreitung von Nachrichten der im Art. 130 des RStGB.'s erwähnten Art für sich allein und so lange als nicht eine besondere weiter gehende verbrecherische Absicht hinzutritt, hat straflos bleiben sollen.

8.

Einer wegen „Krankheit" hülflosen Person im Sinne des Art. 163 des RStGB.'s und des §. 221 des NDStGB.'s ist unter Umständen auch ein Betrunkener gleichzuachten.

Erk. vom 20. März 1871 no. 190/193.

Durch das angefochtene Erkenntniß ist thatsächlich festgestellt, daß die Angeklagten S., St. und T. am 20. November 1870 in später Abendstunde den im höchsten Grade betrunkenen und dadurch

des Gebrauchs seiner Sinne und Gliedmaßen unfähigen Handarbeiter und Weber H. aus Ch. von dem benachbarten Dorfe B. aus abwechselnd auf einem Schiebebocke gefahren, um ihn auf die Polizeiwache zu Ch. abzuliefern, daß sie aber, ehe sie nach Ch. gelangt, genannten H. auf freiem Felde abgeladen und obdachlos sich selbst überlassen, ingleichen daß H. am nächsten Morgen an dem Orte, wo jene drei sich seiner entledigt, todt aufgefunden worden.

Es ist auch durch das in der Hauptverhandlung zur Verlesung gelangte gerichtsärztliche Gutachten constatirt, daß H. schon während des Transports sich in einem Zustande schwerer Krankheit befunden habe, daß sein Ableben durch Hyperämie des Gehirns herbeigeführt worden, daß bei dieser Sachlage ein ursachlicher Zusammenhang zwischen der ihm widerfahrenen Behandlung und dem Tode nicht nachweislich, daß aber die erstere allerdings geeignet gewesen sei, eine Gesundheitsbeschädigung nach sich zu ziehen.

Das Schöffengericht hat gleichwohl auf diese Thatsachen die Strafbestimmungen in Art. 163 Abs. 2 des RStGB.'s, unter dessen Herrschaft der Vorfall sich ereignet, und auf dessen Anwendung der Antrag der Staatsanwaltschaft gerichtet gewesen, nicht für anwendbar erachtet, weil der Zustand der Trunkenheit einer Krankheit im Sinne des gedachten Artikels nicht gleichgeachtet werden könne, und das Verfahren der Angeschuldigten überhaupt kein solches sei, welches einer strafrechtlichen Ahndung unterliege.

Die hiergegen von der Staatsanwaltschaft wegen unrichtiger Gesetzesanwendung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hat man für begründet erachten müssen, weil, wenn auch thatsächlich feststeht, daß der bei dem Verstorbenen schon zur Zeit seiner Wegschaffung von B. vorhanden gewesene Krankheitszustand für die Angeschuldigten nicht erkennbar gewesen sei und dessen Nichtbeachtung denselben nicht angerechnet werden könne, doch das im gegebenen Falle offenbar vorliegende Unvermögen H.'s, sich selbst zu helfen, worüber auch der Laie nicht hat in Zweifel sein können, als Zustand der Krankheit und Hinfälligkeit aufgefaßt und jedenfalls einem solchen völlig gleichgeachtet werden muß. Deshalb aber führt eine dem Sinne und der Absicht des Gesetzgebers entsprechende Auslegung von Art. 163 in Verbindung mit Art. 1 des RStGB.'s zu der Annahme, daß

die Handlungsweise der Angeklagten gegen eine hülflose Person im Sinne des gedachten Artikels verübt worden sei.

Vergl. auch Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund S. 487.

Wenn nun an dieser Auffassung der Worte: „Trunkenheit" und „Krankheit" durch die inmittelst zur Geltung gelangte Vorschrift in §. 221 des nordd. StGB.'s etwas zu Gunsten der Angeklagten nicht geändert worden ist, so war unter Aufhebung der bezirksgerichtlichen Entscheidung die Sache zu Abfassung eines anderweiten Erkenntnisses an die vorige Instanz zurückzuweisen. Bei der nunmehr zu befolgenden Auslegung des Gesetzes aber wird, wie schließlich bemerkt werden mag, die in der aufgehobenen Entscheidung offen gelassene Frage, ob der verstorbene H. an jenem Abende unter der Obhut der drei Angeschuldigten sich befunden habe, keineswegs als einflußlos erscheinen, vielmehr in Betreff derselben die mangelnde Feststellung, je nach der hierüber aus den Unterlagen geschöpften richterlichen Ueberzeugung, zu ergänzen sein.

9.

Dafern die von dem Lehrer zur Unzucht gemißbrauchte minderjährige Schülerin das vierzehnte Altersjahr noch nicht erfüllt hatte, liegt Idealconcurrenz der §§. 174 sub 1 und 176 sub 3 des NDStGB.'s vor.

Erk. vom 3. April 1871 no. 252/238.

Der Angeklagte H., welcher indicirtermaßen in den Jahren 1869 und 1870 in seiner damaligen Stellung als Bürgerschullehrer zu L. eine seiner noch nicht 14 Jahr alten Schülerinnen in der näher beschriebenen Weise zu unzüchtigen Werken gemißbraucht hat, ist unter Bezugnahme darauf, daß dieses Gebahren ebenso dem Art. 183 des RStGB.'s als dem §. 174 sub 1 des inzwischen in Kraft getretenen NDStGB.'s entspreche, auf Grund der ersteren Strafvorschrift, als der milderen, zur Hauptverhandlung verwiesen worden. Der Vertheidiger des Angeklagten hat gegen diese Verweisung Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, indem er dabei — ohne übrigens zu bestreiten, daß die indicirten Thatsachen den Thatbe-

stand des Art. 183 decken würden — seinen Antrag auf Einstellung der Untersuchung auf die Behauptung stützen zu können gemeint hat, daß in allen Fällen, in welchen, wie in dem gegenwärtigen, ein Lehrer Unzuchtshandlungen mit einem zwar minderjährigen, aber unter 14 Jahr alten Schüler vorgenommen habe, bei Anwendung des NDStGB.'s nicht dessen §. 174 sub 1, sondern nur dessen §. 176 sub 3 in Frage gezogen werden könne, einer Strafverfolgung H.'s nach dieser Richtung hin aber der Mangel des nach Inhalt des letzteren Paragraphen erforderlichen Strafantrags entgegenstehe.

Daß dieser Schlußfolgerung eine durchaus unrichtige Interpretation der §§. 174 sub 1 und §. 176 sub 3 zu Grunde liegt, ist keinem Zweifel unterworfen. Das gegenseitige Verhältniß beider Gesetzesbestimmungen kann nur dahin aufgefaßt werden, daß ein Lehrer, welcher mit seinem minderjährigen Schüler unzüchtige Handlungen vornimmt, unter allen Umständen und insbesondere auch ohne alle Rücksicht darauf, ob ein Strafantrag vorliegt oder nicht, mindestens nach §. 174 sub 1 strafbar sein und daß auf einen solchen Straffall der §. 176 sub 3 überhaupt nur insoweit Einfluß üben solle, als dann, wenn der betreffende minderjährige Schüler das 14. Altersjahr noch nicht erfüllt gehabt, eine Idealconcurrenz (§. 73) beider Verbrechen angenommen werden müsse, bei deren Bestrafung, den Hinzutritt eines Strafantrags des nach §. 176 Berechtigten vorausgesetzt, die härtere Strafvorschrift des letzteren Paragraphen als Grundlage zu dienen habe. Auch in Schwarze's Commentar (S. 419), welchen Remedent für sich anziehen will, ist Nichts enthalten, was mit dieser Auffassung in Widerspruch stände. Hieraus folgt für den gegenwärtigen Fall, in welchem es an einem derartigen Strafantrage gebricht, nur soviel, daß es nicht zulässig gewesen sein würde, eine solche Idealconcurrenz anzunehmen und daß daher bei der gebotenen Vergleichung des alten und neuen Rechts, wie auch lediglich geschehen ist, dem Art. 183 des RStGB.'s ausschließlich der §. 174 sub 1 des NDStGB.'s gegenübergestellt werden durfte. Dagegen konnte davon, daß die Anwendung des NDStGB.'s zur Straflosigkeit H.'s führen müßte, in alle Wege nicht die Rede sein.

10.

In der Bezeichnung einer Zeitschrift als eines „miserablen“ Blattes, liegt noch nicht ohne Weiteres eine Ehrverletzung für den Redacteur desselben (Art. 239 des StGB.'s).

Erk. vom 6. Febr. 1871 no. 77/77.

Der in dem angefochtenen-Erkenntnisse ausgesprochenen Ansicht, daß die Bezeichnung der unter dem Namen „die Seifenblasen“ erscheinenden Zeitschrift als ein „miserables Blatt“ schon ihrer Form nach eine Beleidigung des als Privatankläger aufgetretenen Redacteurs der Seifenblasen enthalte, hat nicht beigepflichtet werden können, denn es kann in der gedachten Bezeichnung zunächst nur ein tadelndes Urtheil über die Zeitschrift als solche vom objectiven Standpunkte aus erblickt werden. Wie nun aber einer Seits ein öffentliches Blatt an sich betrachtet überhaupt nicht Gegenstand einer Beleidigung sein kann, so läßt sich auch anderer Seits nicht behaupten, daß durch eine Zeitschrift der Redacteur derselben dergestalt repräsentirt wird, daß ein ungünstiges und verwerfendes Urtheil über die erstere ohne Weiteres auch auf die Person des Redacteurs bezogen werden müßte, es würde daher auch in dem gegenwärtigen Falle, um zu einer Bestrafung des Privatangeklagten nach Art. 239 des RStGB.'s auf die wider ihn erhobene Privatanklage gelangen zu können, nothwendig festzustellen gewesen sein, daß die Absicht des Verfassers des in Rede stehenden Aufsatzes dahin gegangen sei, nicht blos die erwähnte Zeitschrift als solche, sondern auch zugleich die Gesinnungen, den Charakter und die Handlungsweise des Redacteurs derselben als miserabel zu bezeichnen, und daß dies auch der Privatangeklagte bei der Aufnahme des Aufsatzes in die von ihm herausgegebene Oberlausitzer Dorfzeitung sofort habe erkennen müssen; dies ist jedoch nicht geschehen.

11.

Ueber den Begriff des „Einschleichens" im Sinne des §. 243 sub 7 des NDStGB.'s.

Erk. vom 14. April 1871 no. 249/255.

Es steht nach Bl. zunächst fest, daß H. gedachten Diebstahl zur Nachtzeit und in einem bewohnten Gebäude verübt hat. Ebenso ist aber auch constatirt, daß er sich zuvor in diebischer Absicht in jenes Gebäude eingeschlichen hatte, indem hierunter auf die Feststellungen Bl. zu verweisen und die Bemerkung anzuschließen ist, daß nach dem Sprachgebrauche zur Annahme eines Einschleichens das heimlich und wider Wissen und Willen des Eigenthümers erfolgte Eingehen des Diebes in das betreffende Gebäude genügt, keineswegs aber hierzu besondere Vorbereitungen und Veranstaltungen des Diebes zum Behufe des unbemerkten Eintretens in das Gebäude nöthig sind. Diejenigen Thatsachen, welche nach dem Bisherigen feststehen, enthalten, wie sich aus dem Inhalte der Bestimmung in §. 243 [7] ergiebt, Alles, was zum Eintritte derselben erforderlich war. Insbesondere steht der erfolgten Anwendung dieser Bestimmung nicht entgegen, daß das Einschleichen des Angeschuldigten in das Gebäude, in welchem er dann stahl, nach Beginn der Nachtzeit geschah und daß H. alsbald, nachdem er in das betreffende Gebäude eingeschlichen war und bei dem Horchen an der Thür der Parterrestube irgend etwas nicht vernommen hatte, in letztere sich begab und hier zur Verübung des Diebstahls schritt. Denn die erwähnte Gesetzesbestimmung erfordert ihrem Wortlaute zufolge eben so wenig, daß das Einschleichen des Diebes vor Eintritt der Nachtzeit erfolgt sei, als daß zwischen dem Einschleichen und dem Stehlen ein längerer Zeitraum inneliege.

12.

„Inland" im Sinne des §. 244 des NDStGB.'s.

Erk. vom 24. April 1871 no. 291 294.

Der Vertheidiger bezweifelt zwar nach seiner Erklärung nicht, daß eine nach dem Inslebentreten der Verfassung des Norddeutschen

Bundes vom 26. Juli 1867 im Königreiche Preußen verbüßte Criminalstrafe als eine im Inlande erlittene, im Sinne des §. 244 des Bundesstrafgesetzbuchs angesehen werden müsse, bestreitet aber die Anwendbarkeit der nur angezogenen gesetzlichen Vorschrift vorliegenden Falles um deswillen, weil die erste Vorbestrafung des Angeklagten M. wegen Diebstahls, wie im Erkenntnisse des Bez.-Ger. festgestellt worden, noch vor jenem Zeitpunkte liegt, indem die M.'n damals von der Kreisgerichtsdeputation H, zuerkannte Gefängnißstrafe von ihm bis zum 9. Aug. 1866 verbüßt worden ist. Allein diese Ansicht ist eine nicht begründete. Denn nach der ganz unzweideutigen Bestimmung in §. 8 des BStGB.'s ist als Ausland im Sinne des letzteren jedes nicht zum Norddeutschen Bunde gehörige Gebiet, das Königreich Preußen sonach aber zweifellos als Inland anzusehen, wobei die Frage, zu welcher Zeit eine Strafe in einem nunmehro inländischen Staate verbüßt worden ist, insbesondere, ob dies vor dem Inkrafttreten der Verfassung des Norddeutschen Bundes der Fall gewesen, nicht weiter in Betracht gelangt, da es lediglich darauf ankommt, ob der betreffende Staat gegenwärtig als zum Inlande gehörig anzusehen sei. Ebenso ist die Annahme des Vertheidigers durchaus unzutreffend, daß solchenfalls der härteren Vorschrift in §. 244 des BStGB.'s rückwirkende Kraft zu Ungunsten des Angeklagten beigelegt werde. Von einer solchen rückwirkenden Kraft könnte schon an sich nicht die Rede sein, da das dermalen zur Bestrafung vorliegende Verbrechen unter der Herrschaft des BStGB.'s verübt worden ist, sonach aber bei dessen Aburtheilung lediglich die Bestimmungen des letzteren zur Anwendung zu gelangen haben, gleichviel, ob solche zu einem härteren Strafergebnisse führen, als zu welchem gelangt worden sein würde, wenn die Bestimmungen des RStGB.'s der Strafabmessung hätten zu Grunde gelegt werden können. Aber die fragliche Bestimmung ist, dem darin ausgesprochenen Principe nach, überhaupt eine für die Angeklagten günstigere, da durch solche die Annahme der Rückfälligkeit eines Diebes dann ausgeschlossen wird, wenn die Vorbestrafungen nicht im Inlande stattgefunden haben, während eine solche Beschränkung in Art. 82 des RStGB.'s nicht enthalten war.

13.

Die Strafvorschrift des Art. 247 des StGB.'s hat mit dem Inkrafttreten des NDStGB.'s ihre Gültigkeit verloren*).

Erk. vom 17. März 1871 no. 182/185.

Mit vollem Rechte hat das Bez.=Ger. seiner Entscheidung den Satz zu Grunde gelegt, daß mit dem Inkrafttreten des NDStGB.'s unter Anderem auch Art. 247 des RStGB.'s außer Kraft getreten sei. Indem die Denuncianten solches bestreiten, gehen sie von einer unrichtigen Auffassung der in §. 2 des Einführungsgesetzes zum NDStGB. enthaltenen Vorschrift und namentlich von einer viel zu engen Interpretation des dort gebrauchten Ausdrucks „Materie" aus. Es ist nicht wohl denkbar, daß die Bundesgesetzgebungs=Factoren der Meinung gewesen sein sollten, wie eine in einem Landesgesetze mit Strafe bedrohte Handlung dann, sobald selbige nicht ihrem vollen Thatbestande nach in dem Bundesstrafgesetzbuche reproducirt worden sei, ohne Weiteres noch fernerhin nach den Landesstrafgesetzen beurtheilt und geahndet werden solle. Die derogatorische Kraft des NDStGB.'s sollte offenbar weiter reichen; dasselbe stellte sich ganz zweifellos die Aufgabe, auf dem Gebiete des Strafrechts eine Einheit zu schaffen, und diese erscheint nur dann gewahrt, dafern man annimmt, daß Strafvorschriften der Einzelstaaten nur in soweit fortbestehen, als dem Bundesstrafgesetzbuche der bezügliche Thatbestand völlig fremd ist; insbesondere darf auch das Fortbestehen einer Strafvorschrift unseres RStGB.'s nicht schon daraus hergeleitet werden wollen, daß der Thatbestand des bezüglichen Delicts nicht ganz in der nämlichen Form in dem Bundesstrafgesetzbuche wiedergegeben wurde. Sobald man aber hieran festhält, hat man jedenfalls auch den Art. 247 des RStGB.'s als aufgehoben anzusehen. Mit diesem Artikel begann das Cap. X, welches von der Selbsthülfe und von dem Zweikampfe handelte, und es faßte hiernach das RStGB. das Duell gewissermaßen als eine besondere Abart der Selbsthülfe auf. Schon diesem Umstande und

*) Vergl. auch S. 41 sub no. 24.

der weiteren Erwägung gegenüber, daß die voraussetzlich mit allen Strafbestimmungen der Einzelstaaten vertrauten Bundesgesetzgebungs-Factoren neben dem Zweikampfe der unerlaubten Selbsthülfe als eines selbständigen Delicts nicht gedachten, würde auf ihre Absicht, letztere criminalrechtlich straflos zu lassen, zu schließen sein. Zu einem gleichen Resultate gelangt man aber auch, wenn man auf den zweiten Strafsatz des Art. 247 besonderes Gewicht legt und daraus schließen zu können glaubt, wie das RStGB. die meisten Fälle der unerlaubten Selbsthülfe zugleich aus dem Gesichtspunkte der Nöthigung beurtheilt habe, indem solchenfalls daraus, daß das NDStGB. nur das Vergehen der Nöthigung als einen selbständigen Thatbestand behandelt (§. 240), ebenmäßig die Folgerung gezogen werden muß, dasselbe habe es für genügend erachtet, wenn die Fälle der Selbsthülfe, welche in der Form und unter den besonderen Voraussetzungen einer Nöthigung auftreten, dem Strafgesetze verfielen. Zudem ergiebt das Studium des NDStGB.'s, daß dasselbe noch manche andere Vorschriften enthält, unter welche solche Handlungen zu stellen sein werden, die bisher dem Art. 247 des RStGB.'s zu unterstellen gewesen sein würden. Es mag hier nur beispielsweise an §. 289 des NDStGB.'s erinnert werden. Demzufolge wird der Thatbestand der Selbsthülfe durch das NDStGB. in so verschiedenartigen Beziehungen getroffen, daß ein Fortbestehen der Strafvorschrift des Art. 247 des RStGB.'s nicht angenommen werden kann.

14.

Die Aneignung eines in einem Eisenbahnwagen liegen gebliebenen fremden Gegenstands kann je nach Verschiedenheit der Umstände unter Art. 272 oder unter Art. 289 sub 2 oder unter Art. 289 sub 3, nicht aber unter Art. 291 des RStGB.'s subsumirt werden. — Dafern eine unrichtig angewendete Gesetzesstelle und diejenige, welche anzuwenden gewesen wäre, ganz gleiche Strafandrohungen enthalten, erwächst aus der unrichtigen Gesetzesanwendung kein Nichtigkeitsgrund.

Erk. vom 10. Febr. 1871 no. 75/88.

Insofern die von dem Staatsanwalte eingewendete Nichtigkeits-

beschwerde gegen die Gesetzesunterstellung des vorigen Urtels bezüglich des Angeklagten B. gerichtet ist, muß dem Staatsanwalte allerdings zugegeben werden, daß die Rechtsansicht der ersten Instanz, die Handlungsweise B.'s sei als Fundunterschlagung aufzufassen, unrichtig ist. In thatsächlicher Beziehung ist festgestellt, daß während einer Eisenbahnfahrt dem Walkmeister Z. unbewußt eine Brieftasche mit Geld aus der Tasche in den Wagen entfallen war und daß B. von da die Brieftasche wegnahm, solche sich aneignete und darüber verfügte. Unter diesen Umständen kann die Brieftasche als eine verlorene Sache im Sinne von Art. 291 des RStGB.'s nicht angesehen werden. Denn obschon Z., als B. die Brieftasche an sich nahm, nicht mehr im physischen Besitze derselben war, so war doch solche in die Inhabung einer anderen Person, der Eisenbahnverwaltung übergegangen. Erscheint nun aber gleich hiernach die erfolgte Anwendung von Art. 291 auf das Gebahren B.'s unrichtig, so vermag man doch andererseits der Ansicht des Staatsanwalts nicht beizutreten, daß die vorige Instanz die Handlungsweise B.'s als Diebstahl oder doch wenigstens als Unterschlagung bei Gelegenheit einer freiwillig übernommenen Geschäftsführung hätte ansehen sollen. Denn die Begriffsmerkmale des einen, wie des andern der nurgedachten Verbrechen werden durch die thatsächlichen Feststellungen des vorigen Erkenntnisses nicht vollständig gedeckt. Wie nämlich, um einen Diebstahl annehmen zu können, festgestellt sein müßte, daß B. schon bei der Ansichnahme der Brieftasche die Zueignungsabsicht gehabt habe, während doch nach der Art und Weise, wie sich die vorige Instanz ausgesprochen hat, vorauszusetzen ist, daß B. erst nach Ansichnahme der Brieftasche jene Absicht gefaßt habe, so könnte man zur Annahme einer Unterschlagung bei Gelegenheit einer freiwillig für einen Anderen übernommenen Geschäftsführung (vergl. Art. 289 [2] des RStGB.'s) nur dann gelangen, wenn die erste Instanz festgestellt hätte, daß B. nach Ansichnahme der Brieftasche und vor Fassung der Zueignungsabsicht entschlossen gewesen sei, die zu Rückstellung der Brieftasche an den Eigenthümer erforderlichen Schritte vorzunehmen. Hiernach ist B.'s Handlungsweise weder als Diebstahl noch auch als eine unter Art. 289 [2] des RStGB.'s fallende Unterschlagung anzusehen,

vielmehr kann darin nur eine Unterschlagung der im Art. 289 unter 3 gedachten Art gefunden werden. Obschon nun aber demzufolge die vorige Instanz, zugleich mit Rücksicht auf den von dem Verletzten gestellten Strafantrag, nicht Art. 291, sondern Art. 289 [3] der Bestrafung B.'s hätte zu Grunde legen sollen, so mag doch in dieser unrichtigen Gesetzanwendung ein Nichtigkeitsgrund deshalb nicht gefunden werden, weil die angewendete Gesetzstelle und diejenige, welche anzuwenden gewesen wäre, ganz gleiche Strafdrohungen enthalten, mithin aber nicht angenommen werden kann, daß die wider B. erkannte Strafe bei richtiger Gesetzanwendung anders, als geschehen, ausgefallen wäre.

15.

Das Umbiegen von Nägeln, durch welche ein Fenster an einer Gebäudewand befestigt war, bildet ein nach Art. 278 sub 1 [a] des RStGB.'s zu beurtheilendes Qualificationsmoment.

Erk. vom 10. Febr. 1871 no. 102/86.

Die vorige Instanz stellt, soviel die Art der Ausführung des von dem Angeschuldigten verübten Diebstahls anlangt, thatsächlich fest, daß derselbe, um in die zu ebener Erde gelegene Stube, aus welcher er die bezeichnete Geldsumme entwendet hat, zu gelangen, mehrere Nägel, mittelst deren ein in diese Stube führendes Fenster in die Wand befestigt gewesen war, von Außen umgebogen hat, wodurch es ihm möglich geworden ist, das Fenster abzuheben und sodann durch die hierdurch entstandene Oeffnung in die Stube einzusteigen. Der Vertheidiger bestreitet, daß das bloße Umbiegen von Nägeln, durch welche das Fenster in die Wand befestigt gewesen sei, als eine Erbrechung nach Art. 278 [1 a] des RStGB.'s angesehen werden könne. Das OAG. findet jedoch hierin allerdings den Thatbestand einer Erbrechung im Sinne des so eben angezogenen Gesetzes, da das Umbiegen von Nägeln nicht füglich ohne eine Verletzung der Nägel selbst, sowie zugleich derjenigen Theile des Gebäudes oder Behältnisses, in welches dieselben eingeschlagen worden waren, denkbar ist; und daher die solchergestalt erfolgte Er-

öffnung des Gebäudes oder Behältnisses, als eine gewaltsame sich characterisirt. Von dieser Ansicht, welche das OAG. schon früher,

vergl. u. A. Annalen Bd. VI. S. 442,

seinen Entscheidungen zum Grunde gelegt hat, wieder abzugehen, findet dasselbe keine Veranlassung.

16.

Begriff einer „Urkunde" im Sinne des Art. 285 sub 1ª des RStGB.'s und bez. des §. 267 des NDStGB.'s

Erk. vom 6. März 1871 no. 146/163.

Das vorige Erkenntniß hat die angeschuldigte Steinmüller einer Mehrzahl gegen den Kaufmann A. sich zu Schulden gebrachter, dem Art. 284 des RStGB.'s zu unterstellender betrügerischer Handlungen für schuldig erachtet. Insoweit hat das OAG. der Rechtsansicht der vorigen Instanz beizupflichten gehabt. Denn in sofern erwiesen ist, daß die Angeschuldigte, und zwar zu acht verschiedenen Malen den genannten A. durch eigenmächtige Abänderungen, welche sie in dem über ihre bei demselben gemachten Waareneinkäufe geführten Beibuche vorgenommen und durch welche sie den jedesmaligen Betrag ihrer Schuld geringer, als er in Wirklichkeit gewesen, dargestellt hatte, bei den auf Grund dieses Beibuchs stattgefundenen Abrechnungen getäuscht und vermittelst dieser Täuschungen sich und beziehendlich ihrem Ehemanne, welchem die Bezahlung jener für den Haushalt entnommenen Waaren gesetzlich oblag, rechtswidrige Vermögensvortheile in den Bl. näher angegebenen Werthsbeträgen zum Nachtheile A.'s verschafft hat, liegen alle Begriffserfordernisse des Betruges nach dem angezogenen Artikel des RStGB.'s vor.

Die vorige Instanz hat nun aber ferner die von der St. begangenen Betrügereien als Fälle des ausgezeichneten Betruges nach Art. 285 1ª des RStGB.'s aufgefaßt, indem sie von der Ansicht ausgegangen ist, daß das erwähnte Beibuch als eine Urkunde im Sinne des so eben gedachten Artikels anzusehen sei. Dieser letzteren Ansicht hat das OAG. nicht beitreten können.

Der Begriff der Urkunde in dem nurbemerkten Sinne ist allerdings, wie auch das OAG. in früheren seiner Entscheidung unter-

legenen Fällen ausgesprochen hat, nicht so eng zu fassen, daß er auf solche Schriften zu beschränken wäre, welche allen civilprozessualischen Erfordernissen der Recognitionsfähigkeit und namentlich der Verwendbarkeit im Executiv-Prozesse entsprechen. Allein andererseits darf auch nicht soweit gegangen werden, jedes auch noch so formlose Schriftstück, wenn es nur überhaupt und sei es auch nur beihülfsweise zu Erweislichmachung irgend eines Umstandes benutzt werden kann, den Urkunden in obigem Sinne beizuzählen. Vielmehr sind darunter, wie schon der allgemeine Sprachgebrauch an die Hand giebt, nur solche von einer Privatperson oder öffentlichen Behörde ausgestellte Zeugnisse oder sonst herrührende schriftliche Kundgebungen zu verstehen, deren Urheber schon durch die Schrift selbst und ohne daß es hierzu erst noch der Zuhülfenahme anderer Umstände bedarf, erkennbar sind und welche eben mit Rücksicht hierauf geeignet sind, zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen benutzt zu werden. Dazu gehört aber bei Privaturkunden, daß sie entweder von dem Aussteller unterschrieben sind oder doch, sei es in ihrem Contexte oder auch nach Befinden in der Ueberschrift den Namen des Ausstellers enthalten oder daß sonst durch den Inhalt der Schrift die Person ihres Urhebers in deutlich erkennbarer Weise bezeichnet wird.

Annalen des OAG.'s Bd. II, S. 190, N. F. Bd. II, S. 57 flg., Bd. VI, S. 427 flg.

Allg. Ger.-Zeitung Bd. XI, S. 144 flg.

Diesen Erfordernissen entspricht nun das obenerwähnte, den Acten angefügte Beibuch keineswegs. In dasselbe wurden nach den weiteren Feststellungen des Erkenntnisses die von der Angeschuldigten bei A. entnommenen Waaren nebst den betreffenden Kaufpreisen — erstere übrigens zum großen Theile, wie der Augenschein ergiebt, nur in Anfangsbuchstaben oder sonstigen für Dritte unverständlichen Abkürzungen — bei der jedesmaligen Entnahme von A. oder dessen Ehefrau eingetragen, auch die von der Angeschuldigten geleisteten Abschlagszahlungen vermerkt. Demnach würden diese Einträge, soweit sie den Verkauf der Waaren an die Angeschuldigte betreffen, als Bekenntnisse der Letzteren über Empfang dieser Waaren und die Richtigkeit der dafür angesetzten Preise, so-

weit sie aber die von der Angeschuldigten an die A.'schen Eheleute geleisteten Zahlungen zum Gegenstande haben, als Quittungen der Zahlungsempfänger aufzufassen sein. Es findet sich jedoch in dem Buche nirgends eine Unterschrift oder ein sonstiges Merkmal vor, welches die Urheber der betreffenden Erklärungen nach dieser oder jener Richtung als solche erkennbar zu machen geignet wäre. Der Umstand, daß auf dem inneren Deckelblatte des Buches der Name „Steinmüller" und zwar mitten in eine Rechnung hinein sich geschrieben befindet, kann diesen Mangel schon um deswillen nicht ergänzen, weil es an jeder Feststellung darüber fehlt, von wem, aus welchem Anlasse und zu welchem Zwecke diese Namensschrift bewirkt worden ist. Eben so wenig hat man darauf Gewicht legen können, daß das in Rede stehende Beibuch nach der ferneren Feststellung des vorigen Erkenntnisses, bei dem Mangel eines anderen hierzu geeigneten Geschäftsbuches, die alleinige Unterlage für die zwischen den Betheiligten von Zeit zu Zeit vorgenommenen Abrechnungen sowie überhaupt die Grundlage für das zwischen denselben bestehende Rechtsverhältniß zu bilden bestimmt gewesen ist. Denn die Frage, ob eine Schrift für eine Urkunde anzusehen sei, kann nur aus dem Inhalte und der Beschaffenheit der Schrift selbst beantwortet werden und der Zweck, zu welchem eine Schrift bestimmt war, kann niemals dazu führen, dieselbe als eine Urkunde anzusehen, wenn sie nicht schon an sich den Erfordernissen einer solchen entspricht.

Es fehlt daher dem mehrberegten Beibuche an dem rechtlichen Character einer Urkunde, und zwar ebensowohl nach den angezogenen Bestimmungen des sächs. RStGB.'s als auch im Sinne des inmittelst in Kraft getretenen Strafgesetzbuchs für den Nordd. Bund, welches an den Begriff der Urkunde, wenigstens insoweit es sich dabei um Privaturkunden handelt, jedenfalls keine geringeren Anforderungen als das sächs. Strafgesetz stellt, indem es in §. 267 den Begriff der Urkundenfälschung auf die Fälschung und Verfälschung von Privaturkunden beschränkt, welche zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sind.

17.

Die rechtswidrige Verpfändung einer fremden Sache (Art. 288 des RStGB.'s) fällt, soweit sie mit Aneignungsabsicht vorgenommen wurde, unter §. 246 des RDStGB.'s.

Erk. vom 6. März 1871 no. 174/159.

Daraus, daß das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund eine specielle Vorschrift über die rechtswidrige Verpfändung fremden Eigenthums, wie solcher in Art. 288 des RStGB.'s gedacht wird, nicht enthält, würde allerdings durchaus nicht gefolgert werden können, daß ein solches Gebahren nunmehr unter allen Umständen straflos bleiben müsse, vielmehr wird in einem solchen, mithin auch in dem vorliegenden Falle, vor Allem zu prüfen sein, ob die Verpfändung einer fremden beweglichen Sache Seiten desjenigen, in dessen Besitz oder Verwahrung sie sich befindet, sich als eine rechtswidrige Zueignung derselben characterisire, was nach Ansicht des OAG.'s namentlich dann anzunehmen sein würde, wenn die Verpfändung mit der Absicht der Nichtwiedereinlösung der verpfändeten Sache vorgenommen worden ist. Denn solchenfalls würde eine derartige Verpfändung sich zweifellos als eine Unterschlagung im Sinne des §. 246 des StGB.'s für den Nordd. Bund characterisiren. In dem Bescheide ist aber, zu Gunsten des Angeklagten, als erwiesen angenommen worden, daß derselbe allerdings die Absicht gehabt habe, das von ihm Verpfändete wieder einzulösen, und sodann dem Eigenthümer wiederum zuzustellen; der Verpfändungsact enthielt sonach keineswegs eine rechtswidrige Zueignung im Sinne der angezogenen gesetzlichen Vorschrift, vielmehr bloß eine unbefugte einstweilige Verfügung über den ihm anvertrauten Gegenstand, und da sonach dem Gebahren F.'s diejenigen Begriffsmerkmale abgehen, welche solches nach der oben angezogenen Vorschrift des StGB.'s für den Nordd. Bund als eine Unterschlagung würden erscheinen lassen, so war die Straffreisprechung des Angeschuldigten vollständig gerechtfertigt.

18.

„Vergiftung" im Sinne des §. 324 des RDStGB.'s; — zu den „Sachen" im Sinne des §. 303 des RDStGB.'s gehören auch lebende Thiere.

Erk. vom 3. April 1871 no. 243/237.

Im vorliegenden Falle ist wider den Angeschuldigten B. als genügend angezeigt angesehen worden, daß derselbe im Monat September 1870 zu wiederholten Malen auf einem dem Gutsbesitzer R. zu N. gehörigen, mit Klee bestandenen und zum Weideplatze für Gänse und Hühner bestimmten Felde in der Absicht, dieses fremde Federvieh zu tödten, Gift ausgestreut habe, auch in solcher Weise wirklich von den theils R.'n, theils dem Federviehhändler M. gehörigen Thieren 31 Gänse und 14 Hühner getödtet worden seien.

Diese Handlung fiel zweifellos unter Art. 219 des RStGB.'s und es wurde auch unter der Herrschaft dieses Ges.=Buchs nach dem angezogenen Artikel wider B. Voruntersuchung eingeleitet und nach dem Schlusse derselben Fortstellung und Verweisung zur Hauptverhandlung beantragt.

Noch vor der Entscheidung auf diesen Antrag war aber das StGB. für den Nordd. Bund in Wirksamkeit getreten, welches eine dem angezogenen Artikel des RStGB.'s entsprechende gleich specielle Bestimmung nicht enthält. Das erkennt auch das Verweisungserkenntniß an. Dasselbe hat aber dagegen auf die angezeigte That §. 324 des neuen Gesetzes anwendbar gefunden und deshalb — die Frage, ob die Anwendung des älteren Rechts etwa zu einem dem Angeschuldigten günstigeren Ergebnisse führe und deshalb nach §. 43 der Ausführungsverordnung vom 10. December 1870 einzutreten habe, dem Enderkenntnisse überlassend — die Fortstellung der Untersuchung und die Verweisung des Angeklagten zur Hauptverhandlung auf Grund von §. 324 des StGB.'s für den Nordd. Bund angeordnet.

Diese Gesetzanwendung beruhet auf einer Verwechselung der beiden Bedeutungen, in welchen die deutsche Sprache das Wort „vergiften" braucht, indem damit einmal das Giftigmachen lebloser Gegenstände, namentlich zum Genusse für Menschen oder Thiere

bestimmter, in der Absicht und mit dem Erfolge, daß durch den Genuß oder sonstigen Gebrauch Leben oder Gesundheit gefährdet werde, dann aber auch in Bezug auf lebende Wesen der Erfolg, das Tödten oder Beschädigen durch Beibringen von Gift bezeichnet wird. In der ersteren Bedeutung braucht §. 324 des NDStGB.'s in Bezug auf Brunnen, oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche Anderer; sowie auf Gegenstände, welche zum öffentlichen Verkaufe oder Verbrauche bestimmt sind, den Ausdruck „vergiften." Nun wird allerdings in dem Verweisungserkenntniß darauf hingewiesen, daß das Geflügel, auf dessen Leben der Angeschuldigte bei dem Vergiften der ihm bestimmten Weide sein Absehen gerichtet habe, zum öffentlichen Verkaufe oder Gebrauche bestimmt gewesen sei; nach der Bezeichnung der Absicht des Angeklagten wie durch die ganze Begründung der Anklage, wie sie das Bez.-Gericht zu der seinigen gemacht hat, wird aber anerkannt, daß dem Angeklagten nur Vergiften des fraglichen Federviehes in der obigen zweiten Bedeutung des Wortes, also Tödtung desselben durch Gift, keineswegs aber Vergiften des Fleisches der Thiere in dem anderen Sinne und zu dem Zwecke, daß dieses Fleisch in diesem Zustande zum Verkaufe oder Verbrauche gelangen solle, beizumessen sei. Es ist somit gegen den Angeschuldigten nur das Tödten von Thieren, in der Absicht, ihrem Eigenthümer einen Schaden zuzufügen, als angezeigt angesehen worden, welches allerdings unter §. 324 des StGB.'s für den Nordd. Bund nicht fällt. Nicht beizustimmen gewesen ist dagegen der Begründung des vorliegenden Rechtsmittels darin, daß aus diesem Grunde ohne Weiteres auf Einstellung der Untersuchung habe erkannt werden müssen, da vielmehr die angezeigte That ihrer Beschaffenheit nach, wenn auch nicht unter die angewendete strafgesetzliche Vorschrift, so doch unter §. 303 des StGB.'s für den Nordd. Bund fällt.

Solches wird zwar Bl. deshalb bezweifelt, weil die letztere Strafbestimmung nur das vorsätzliche und rechtswidrige Beschädigen und Zerstören fremder Sachen trifft, zu denen lebende Thiere nicht zu rechnen seien; dieser Einwand ist jedoch offenbar unbeachtlich, da nach dem juristischen Begriffe auch lebende Thiere zu den beweglichen Sachen gehören.

19.

Die Strafvorschrift des Art. 330 Abs. 3 des RStGB.'s ist durch das NDStGB. aufgehoben*).

Erk. vom 17. März 1871 no. 178/179.

Bei Abfassung des Bescheids ist der erkennende Richter von der Ansicht ausgegangen, daß die hier in Rede stehende widerrechtliche Benutzung fremden Eigenthums, im vorliegenden Falle dadurch verübt, daß der Angeschuldigte ein nicht ihm, sondern einem Dritten zugehöriges Pferd, ohne Erlaubniß dieses Dritten und sogar mit Nichtbeachtung von dessen vorher erklärtem ausdrücklichen Widerspruch aus dessen Stalle geholt und zum Schlittenfahren benutzt, nicht zu denjenigen Materien des Strafrechts gehöre, welche Gegenstand des StGB.'s für den Nordd. Bund sind, hinsichtlich deren daher, nach Maßgabe von §. 2 und §. 8 des Einführungsgesetzes vom 31. Mai 1870 die Landesstrafgesetze zur Zeit noch in Kraft bleiben. Das Ger.=Amt hat demgemäß Art. 330 Abs. 3 des RStGB.'s auf die vorerwähnten Thatsachen angewendet und hiernach den Angeschuldigten in eine Geldstrafe von sechs Thalern und in Bezahlung der Untersuchungskosten verurtheilt.

Allein dieser Ansicht über die fortdauernde Gültigkeit der zuletzt erwähnten Vorschrift des RStGB.'s hat — abgesehen davon, ob nicht der Gesetzgeber, falls er die widerrechtliche Benutzung einer fremden Sache an sich mit Strafe hätte bedrohen wollen, dazu bei Behandlung der verschiedenen gegen das Eigenthum gerichteten Verbrechen Gelegenheit und Veranlassung gehabt hätte und daher aus dessen Stillschweigen hierüber nicht füglich auf etwas Anderes, als daß diese Uebergehung eine absichtliche gewesen, geschlossen werden kann — schon um deswillen nicht beigetreten werden können, weil in §. 290 des Nordd. StGB.'s eine specielle Kategorie der widerrechtlichen Benutzung Seiten des Nichteigenthümers mit Strafe bedroht und deshalb es nicht zutreffend ist, daß diese Materie überhaupt nicht Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Nordd. Bund geworden sei.

---

*) Vergl. auch S. 52 sub no. 35.

Hieraus folgt nun zwar keineswegs, daß eine Handlung, welche zeither nach Art. 330, Abs. 3 des RStGB.'s hätte beurtheilt werden müssen, nicht auch künftig nach Befinden unter andere strafrechtliche Gesichtspunkte gebracht werden und z. B. als Hausfriedensbruch oder als Sachbeschädigung den Strafbestimmungen des NDStGB.'s unterliegen könne. Allein was den vorliegenden Fall betrifft, gebricht es hierzu an der erforderlichen thatsächlichen Feststellung.

20.

Ueber die nach §. 2 des NDStGB.'s in Verbindung mit §§. 43 flg. der Ausführungsverordnung vom 17. März 1870 anzustellende Vergleichung zwischen altem und neuem Rechte.

Erk. vom 17. März 1871 no. 186|175.

Die Vergleichung des alten und neuen Rechts durfte im vorliegenden Falle gar nicht anders vorgenommen werden, als daß man die obige, auf Grund des RStGB.'s gefundene fertige Zuchthausstrafe von drei Jahren und sechs Monaten derjenigen Strafe gegenüberhielt, auf welche man bei ausschließlicher Anwendung des Nordd. StGB.'s zugekommen sein würde. Es ist dies schon nach §. 2 des Nordd. StGB.'s als etwas durchaus Selbstverständliches anzusehen, noch unzweideutiger aber in §. 44 der Ausführungsverordnung vom 10. December 1870 ausgesprochen, indem daselbst mit ganz bestimmten Worten darauf hingewiesen worden ist, wie bei Beantwortung der Frage, welches das mildeste Gesetz sei, „die Strafe, welche nach den bis zum 1. Januar 1871 gültig gewesenen Gesetzen (hier dem RStGB.) den Verbrecher nach den im vorliegenden Falle vorhandenen besonderen Umständen, in ihrem Zusammenhange genommen, getroffen haben würde, mit derjenigen Strafe zu vergleichen sei, welche ihn nach den Vorschriften des Nordd. StGB.'s, diese Vorschriften in ihrem Zusammenhange genommen, treffen würde." Es kommt daher bei dieser Vergleichung nicht in Frage, ob das eine oder das andere Gesetz eine im Höchst- oder Niedrigstbetrage längere oder kürzere Strafdauer, beziehentlich



alternativ eine härtere oder mildere Strafart androhe (Strafe in thesi), vielmehr sollen die Vergleichungsobjecte diejenigen Strafen bilden, die den Verbrecher in dem gerade vorliegenden Falle, und zwar unter Berücksichtigung aller in dem concreten Falle vorliegenden Umstände (insbesondere auch der etwaigen Concurrenz, Rückfälligkeit u. s. w., treffen, d. h. mithin wider ihn im gerade vorliegenden Falle zu erkennen sein würden (Strafe in hypothesi). Insonderheit geht hieraus zugleich hervor, daß es durchaus unzulässig ist, die wider einen Angeschuldigten zu erkennende Strafe theils auf das neue, theils auf das alte Recht zu stützen; die erkannte Strafe muß vielmehr ausschließlich entweder aus dem einen oder aus dem andern Strafgesetzbuche entlehnt sein; nur für die hier gar nicht vorliegenden Fälle, deren die §§. 48, 49, 53, 54 der Ausführungsverordnung gedenken, ist ein Verfahren statuirt, in welchem man allenfalls eine Modification dieses Satzes zu erblicken vermag. Ja es sind diese Grundsätze so schlechterdings maßgebend, daß sie selbst dann zur Anwendung gelangen müssen, dafern ein Fall vorliegen würde, in welchem theils a. vor dem 1. Januar 1871, theils b. nach diesem Zeitpunkte begangene Delicte gleichzeitig abzuurtheilen wären; solchenfalls würde sich nur das ändern, daß gewissermaßen drei Strafkörper construirt werden müßten; man hätte dann nämlich zunächst aa. die Gesammtstrafe, welche für sämmtliche Delicte sub a. und b. bei Zugrundelegung des Nordd. StGB.'s ausfallen würde, sodann bb. diejenige Strafe, auf welche wegen der sub b. gedachten Delicte allein nach dem nämlichen StGB. zuzukommen wäre, und zuletzt cc. diejenige Strafe zu suchen, welche den Angeschuldigten, dafern man ausschließlich die Delicte sub a. abzuurtheilen hätte und dem RStGB. unterstellte, getroffen haben würde; nachdem aber solches geschehen, bliebe nur noch die Prüfung dessen übrig, wie sich die Schwere der sub aa. gefundenen einheitlichen Gesammtstrafe der Schwere des Strafübels gegenüber verhalte, welches in der nebeneinander gehenden Verbüßung der beiden Strafen sub bb. und cc. liegen würde. Es ist mithin auch in diesen complicirteren Fällen die Anwendung des neueren und älteren Rechts bei Bildung der einzelnen Strafkörper schlechterdings nicht zu vermengen, vielmehr jede Gruppe und zwar

unter Berücksichtigung aller auf sie bezüglicher, besonderer Umstände als ein abgeschlossenes Ganzes zu beurtheilen; nur das kann hier vorkommen, daß zwei Strafen, deren eine ausschließlich nach altem und deren andere ausschließlich nach neuem Rechte gebildet wurde, neben einander vollstreckt werden müssen; letzteres geschieht dann nur deshalb, weil selbst in deren combinirter Vollstreckung ein geringeres Strafübel erblickt werden muß, als in der Verbüßung einer durchgängig auf das neue Recht gestützten einheitlichen Gesammtstrafe liegen würde. Mit diesen Grundsätzen steht es zunächst in Widerspruch, wenn behufs jener Vergleichung die Frage zu beantworten, unternommen worden ist, wie sich ganz im Allgemeinen die Schwere der Strafandrohung des Art. 278 des RStGB.'s derjenigen des §. 243 des Nordd. StGB.'s gegenüber verhalte (Strafe in thesi), ganz zu geschweigen, daß das BG. hierunter nicht einmal zu einem richtigen Ergebnisse gelangt ist, da, wäre eine solche Vergleichung überhaupt vorliegenden Falles zuläßig gewesen, jedenfalls auch die Vorschrift des Abs. 2 des §. 243 nicht außer Acht zu lassen gewesen wäre. Auf einer ähnlichen unrichtigen Auffassung beruht die Bemerkung Bl., wonach ausgesprochen worden ist, die A. sei wohl nach dem RStGB., nicht aber auch nach dem Nordd. StGB. als rückfällig anzusehen und schon deshalb an sich das erstere Gesetz härter als das andere, denn nicht hierauf, sondern — wie auch ibid. nachträglich anerkannt worden ist — lediglich auf die Frage würde es ankommen, ob die nach dem RStGB. unter Berücksichtigung der Rückfälligkeit auszuwerfende Gesammtstrafe härter sei, als die bei Anwendung des Nordd. StGB.'s ausfallende Strafe ꝛc. Endlich ist aber auch nach Bl. gegen die obigen Grundsätze verstoßen worden. Abgesehen nämlich davon, daß es schon Inhalts des dort zu lesenden Satzes, in welchem des §. 74 des Nordd. StGB.'s gedacht wird, den Anschein gewinnt, als wäre es von den vorigen Urthelsverfassern an sich nicht für unzuläßig erachtet worden, bei Bildung der auf Grund des RStGB.'s gewonnenen Strafe zugleich auf die Vorschriften dieser, dem letzteren gegenüber durchaus fremdartigen Gesetzesbestimmung Rücksicht zu nehmen, so liefert doch jedenfalls der sich anschließende Satz einen untrüglichen Beleg dafür, daß die vorigen

Urthelsverfasser eine vermischte Anwendung des älteren und neuen Rechts haben Platz greifen lassen; es resultirt dies daraus, daß dieselben unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die §§. 248 und 32 des Nordd. StGB.'s überdies wider die A. auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt haben. Dies war offenbar unzulässig, da die von der vorigen Instanz ausgesprochene Zuchthausstrafe auf das RStGB. gestützt worden ist, und einer solchen Strafe nicht noch eine dem Nordd. StGB. entlehnte Strafe hinzugefügt werden darf. Letzteres soll ausschließlich in den in §§. 47 und 48 der Ausführungsverordnung vorgesehenen Fällen geschehen können, in denen anstatt auf Arbeitshaus auf Gefängniß zu erkennen gewesen ist.

21.

Zur Unterscheidung der Beihülfe von der Mitthäterschaft (§§. 47, 49 des NDStGB.'s). — Ob und inwieweit auch wider Denjenigen, welcher wegen Beihülfe zum Diebstahle oder wegen Diebstahlsversuchs zu bestrafen ist, die Strafvorschrift des §. 244 des NDStGB.'s Platz greift?

Erk. vom 17. April 1871 no. 283|270.

Das vorige Erkenntniß hat den Angeschuldigten A. dessen, daß dieser am 5. Januar 1871 aus einer seinem Schwager Th. gehörigen Kammer und bez. nach gewaltsamer Erbrechung eines daselbst stehenden verschlossenen Schrankes mehrere Kleidungsstücke entwendet habe, dagegen den Angeschuldigten Sch. dessen für überführt erachtet,

> „daß derselbe nicht blos von dem verbrecherischen Beschlusse A.'s vorher unterrichtet gewesen sei, sondern auch seine Beihülfe hierbei zugesagt und theils durch Leuchten mittelst Zündhölzchen bei Erbrechung des Kleiderschrankes, theils durch Fortschaffung von Diebstahlsgegenständen bei der Ausführung mitgewirkt habe."

Ausschließlich diese Feststellungen sind es, auf Grund deren die beiden genannten Angeschuldigten wegen „Mitthäterschaft" bei

einem schweren Diebstahle im Sinne des §. 243 sub 2 verbunden mit §. 47 des NDStGB.'s verurtheilt worden sind.

Dieser Auffassung hat man jedoch, soviel den Angeklagten Sch. betrifft, — von dessen Seite allein ein Rechtsmittel vorliegt — nicht beizutreten vermocht. Um die verbrecherische Theilnahme desselben unter §. 47 des NDStGB.'s subsumiren zu können, hätte es der Constatirung dessen bedurft, daß er den Diebstahl mit A. „gemeinschaftlich ausgeführt" habe. An diesem Begriffserfordernisse fehlt es jedoch. Indem die vorigen Urthelsverfasser nur das Zusagen von Beihülfe auf Seiten Sch.'s für erwiesen angesehen haben, stellten sie gleichzeitig fest, daß letzterer den Dolus eines Thäters nicht besessen, die Verübung des Diebstahls nicht als eigne That gewollt, und diese vielmehr als die That A.'s angesehen und unterstützt habe. Darin allein, daß Sch. bei der Ausführung gegenwärtig war und zu dieser in der vorbezeichneten Weise mitwirkte, liegt noch keineswegs eine Thätigkeit, welche über die eines Gehülfen hinausreichte; nur dann würde auch dieses Maß von Thätigkeit dazu genügt haben, um denselben als Mitthäter anzusehen, sobald der Beschluß A.'s und Sch.'s auf eine gemeinschaftliche, d. h. von einem jeden von ihnen gewollte That gerichtet gewesen wäre. Insbesondere läßt sich auch nicht etwa sagen, daß in der Sch.'n zur Last gelegten Mitwirkung bei dem Fortschaffen von „Diebstahlsgegenständen" ein zu den Consummationshandlungen gehöriger Thätigkeitsact und mithin ein Maß von Betheiligung erblickt werden müsse, welches schon an sich den Begriff der gemeinschaftlichen Ausführung decke; vielmehr muß nach den thatsächlichen Feststellungen der vorigen Instanz angenommen werden, Sch. habe bei der die Diebstahlsconsummationshandlung bildenden „Wegnahme" der Th.'schen Gegenstände sich nicht betheiligt und seinen Complicen lediglich in dem Forttragen der bereits von diesem weggenommen gewesenen Gegenstände unterstützt.

Hiernach war daher Sch. lediglich als Gehülfe (§. 49 des NDStGB.'s) zu dem von A. verübten schweren Diebstahle (§. 243 sub 2) anzusehen. Es entstand aber weiter die Frage, ob und inwieweit auch noch bei dieser veränderten Sachlage der Bl. constatirte Umstand auf die Bestrafung Sch.'s Einfluß äußere: daß

dieser bereits in den Jahren 1866 und 1869 wegen Diebstahls bestraft worden ist und zwar, wie man trotz der hierunter mangelhaften Feststellung annehmen darf, das letzte Mal wegen eines erst nach Verbüßung der ersten Strafe begangenen Diebstahls. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welche Stellung und Bedeutung im Strafrechtssysteme man dem §. 244 des NDStGB.'s einzuräumen hat. Will man in dieser Beziehung nicht fehl gehen, so hat man sich gänzlich von der Auffassung, von welcher das RStGB. bei Aufstellung der die Rückfälligkeit betreffenden Vorschriften ausging und insbesondere von der Auffassung loszusagen, als sei auch nach dem NDStGB. die Rückfälligkeit als ein außerhalb des Delictsthatbestandes liegendes Moment anzusehen, welches ausschließlich bedinge, daß der selbstständig verwirkten ursprünglichen Strafe noch ein, mit dem Delictsbegriffe selbst in gar keinem inneren Zusammenhange stehendes und auch nur äußerlich lose angefügtes Augment beigefügt werde. Das NDStGB. faßt offenbar die Rückfälligkeit eines Angeschuldigten ganz anders auf; wo es derselben überhaupt einen Einfluß zugesteht — §§. 244, 250⁵, 261, 264 — rechnet es dieselbe augenfällig zu den Thatbestandsrequisiten des fraglichen Delicts; die betreffenden Vorbestrafungen des Angeklagten sollen solchenfalls einen Bestandtheil der Voraussetzungen bilden, unter denen überhaupt der fragliche Thatbestand erfüllt wird; bei ihrem Hinwegfalle kommt eine ganz andere verbrecherische Figur in Frage; die constatirte Rückfälligkeit bedingt nach ihm nicht etwa blos einen Strafzusatz, vielmehr die Anwendung eines ganz anderen §., dessen Strafrahmen nicht einmal die Strafgrenzen wieder erkennen läßt, die maßgebend geworden wären, sobald man sich das Requisit der Rückfälligkeit hinwegdenkt; das NDStGB. zählt sogar den einfachen Diebstahl, den Betrug und beziehentlich die Hehlerei an sich zu den Vergehen (§§. 242, 258¹, 259, 263 verbunden mit §. 1, Abs. 2), verleiht ihnen aber ohne Weiteres im Falle des vorliegenden Rückfälligkeitsrequisits den Charakter eines Verbrechens (§§. 244, 261 Abs. 2, 264 verbunden mit §. 1, Abs. 1), sowie denn auch aus der Fassung des §. 250 hervorgeht, daß die Rückfälligkeit des Räubers dessen ganze That ohne Weiteres den dort behandelten besonders ausgezeichneten Fällen

des Verbrechens des Raubes zuführt. Hiernach hat man davon auszugehen, daß der Gesetzgeber in allen Fällen, in denen er das Rückfälligkeitsmoment von Bedeutung werden lassen wollte, der That, welche ohne den Hinzutritt desselben vorgelegen haben würde, einen ganz anderen strafrechtlichen Charakter beilegt, und selbiges als ein in der Person des Thäters liegendes Thatbestandsrequisit behandelt. Dies führt dahin, daß bezüglich der Delicte des §. 244 u. s. w. ganz das Nämliche gelten muß, was der allgemeine Theil des StGB.'s über die Theilnahme an einem Delicte, über den Versuch eines solchen u. s. w. bestimmt. Hieraus folgt aber gleichzeitig, daß es, soviel insbesondere die hierher gehörige Anwendung der in §. 47 flg. enthaltenen Grundsätze betrifft, nicht bedenklich fallen kann, die Strafe eines Gehülfen bei einem schwereren Diebstahle, dafern in ihm die Rückfallsvoraussetzungen der §§. 244, 245 sich vereinigen, nach §. 244 in Verbindung mit §§. 49 und 44 Abs. 4 zu bemessen und zwar ohne jedwede Berücksichtigung dessen, ob der Thäter (auctor physicus) lediglich unter §. 243 des NDStGB.'s falle oder nicht. Es entspricht ein solches Verfahren namentlich auch vollständig dem Grundsatze des §. 50 des NDStGB.'s, nach welchem, wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen Desjenigen, welcher sie begangen hat, erhöht, diese besondern Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Theilnehmer, bei welchem sie vorliegen, zugerechnet werden sollen; diese besonderen Thatumstände liegen in Fällen der vorliegenden Art in der Rückfälligkeit des Gehülfen; ihn hat daher eine Quote (§. 44, Abs. 4) der in §. 244 angedrohten Strafe eben so zu treffen, wie der Gehülfe, welcher der nur nach §. 217 zu beurtheilenden Mutter ihres neugeborenen unehelichen Kindes bei dessen Tödtung Beihülfe leistet, wegen Beihülfe nicht zur Kindestödtung, sondern zu einem gemeinen Morde zu bestrafen sein wird. Aehnliches gilt, wie auch schon angedeutet wurde, von denjenigen Fällen, in welchen der zur Beurtheilung vorliegende neue Diebstahl u. s. w. in den Grenzen des Versuchs geblieben war. Auch hier wird der Angeklagte dann, wenn nur sonst die Voraussetzungen der §§. 244, 245 u. s. w. bei ihm zutreffen, mit einer nach §. 244 u. s. w. verbunden mit

§. 44, Abs. 4 auszuwerfenden Strafquote zu belegen sein, sowie dann beispielsweise auch der des Raubversuchs Angeklagte, dafern er bereits einmal als Räuber u. s. w. bestraft worden war, schlechterdings dem §. 250 sub 5 in Verbindung mit §. 44 zu unterstellen sein würde.

In Berücksichtigung Alles dessen hat man die von Sch.'n verwirkte Strafe auf Grund des §. 244 verbunden mit §§. 49, 50 des NDStGB.'s auf Zuchthaus in der Dauer von einem Jahre und sechs Monaten festgesetzt.

22.

§. 270 des NDStGB.'s tritt nur gegen Denjenigen ein, welcher zur Verfälschung &c. der von ihm gebrauchten Urkunde nicht mitgewirkt hatte.

Erk. vom 24. Febr. 1871 no. 127|120.

Es stellt sich nicht als richtig dar, daß man neben der Bestimmung des §. 268 sub 1 gleichzeitig den §. 270 des NDStGB.'s allegirt hat. Diese Vorschrift setzt voraus, daß der Angeschuldigte das Falsificat benutzt hat, ohne selbst zu der Verfälschung mitgewirkt zu haben, und ein solcher Fall liegt gegenwärtig nicht vor, vielmehr ist der in Rede stehende Wechsel nach den thatsächlichen Feststellungen zwar nicht eigenhändig von B.'n geschrieben, wohl aber auf dessen Veranlassung durch einen Dritten hergestellt worden. Dieser Dritte war also nur das Werkzeug B.'s und Letzterer daher bezüglich der Fälschung als Selbstthäter zu beurtheilen, als woraus zugleich folgt, daß als Basis für die Anwendbarkeit des §. 268 sub 1 nicht sowohl §. 270, als vielmehr §. 267 des NDStGB.'s anzusehen gewesen sein würde.

23.

Als ein an einem „Erzieher" im Sinne des §. 247 des NDStGB.'s verübter Diebstahl ist nicht auch derjenige anzusehen, welchen der Kaufmannslehrling an seinem Lehrherrn begeht.

Erk. vom 17. Febr. 1871 no. 115|107.

Wenn nun hinsichtlich dieser von dem Kaufmannslehrling J.

an seinem Lehrherrn verübten Diebstähle das vorige Erkenntniß unter Hinweisung auf die mangelnde Stellung eines Strafantrags von Seiten der Verletzten, zur Freisprechung des Angeschuldigten gelangt ist, so beruht solches auf der Rechtsansicht, daß auf den vorliegenden Fall §. 247, Abs. 1 des NDStGB.'s um deswillen Anwendung leide, weil unter „Erziehern" im Sinne der angezogenen Gesetzstelle auch Lehrherren mit zu verstehen seien. Dieser Rechtsansicht vermag jedoch das OAG. nicht beizutreten. Der Lehrherr als solcher hat dem Lehrling gegenüber in der Hauptsache nur die Obliegenheit, Letzteren für ein gewisses Fach auszubilden, und ihn zugleich während der auf seine Ausbildung verwendeten Zeit disciplinell zu beaufsichtigen. Dieses Verhältniß des Lehrherren zu dem Lehrling ist aber keineswegs ein solches, daß Ersterer den Erziehern beigezählt werden könnte. Denn nach dem, für die vorangezogene Gesetzstelle maßgebenden Sprachgebrauche versteht man unter einem Erzieher Denjenigen, welchem ein junger Mensch zu dem Zwecke übergeben worden ist, daß er fortwährend denselben überwache und in jeder Beziehung für sein körperliches Gedeihen und seine geistige Ausbildung Sorge trage, also ihm gegenüber die Stelle des Vaters vertrete.

Nun kann es allerdings vorkommen, daß dem Lehrherrn neben den Pflichten, die ihm als solchem obliegen, auch noch fortwährende und allseitige Fürsorge für seinen Lehrling in körperlicher und geistiger Hinsicht übertragen, und ihm sonach die Stellung eines Erziehers gegeben wird. Auch mag nicht bezweifelt werden, daß in einem solchen Falle §. 247, Abs. 1 des NDStGB.'s auf einen Diebstahl des Lehrlings gegen den Lehrherrn Anwendung leide. Allein der Grund hiervon liegt nicht darin, daß der Bestohlene der Lehrherr des Diebes, sondern vielmehr darin, daß er zu Letzterem nach den von ihm übernommenen besonderen Verpflichtungen in das Verhältniß eines Erziehers getreten ist.

Ein Sachstand der eben angegebenen Art liegt übrigens gegenwärtig nach den zufolge Art. 351, Abs. 1 verbunden mit Art. 385 Schlußsatz der RStPO. für die jetzige Instanz allein maßgebenden thatsächlichen Feststellungen der zeitherigen Erkenntnisse nicht vor. Denn durch diese ist über das Verhältniß des Angeschuldigten zu

den Inhabern der Handlung „Gebrüder Lodde" weiter etwas nicht constatirt, als daß Ersterer bei Letzteren zur Zeit der Begehung der fraglichen Diebstähle in der Lehre gestanden hat. Es ist daher im gegenwärtigen Falle von entscheidendem Gewicht, daß nach dem Obigen der Lehrherr als solcher den Erziehern im Sinne von §. 247, Abs. 1 des NDStGB.'s nicht beigezählt werden kann.

24.

Zur Begriffsfeststellung des Lohnverhältnisses im Sinne des §. 247 des NDStGB.'s (Advocatenschreiber).

Erk. vom 17. Febr. 1871 no. 107|108.

Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde ist dagegen gerichtet, daß das vorige Erkenntniß die von dem Angeklagten F. gegen den Advocat Sch. begangenen Unterschlagungen auf Grund der thatsächlichen Feststellung, daß der Angeklagte zu der fraglichen Zeit bei genanntem Sachwalter als Schreiber beschäftigt gewesen sei und in dieser Stellung einen monatlichen Lohn von 10 Thalern bezogen habe, für solche, welche nach §. 247, Abs. 1 des StGB.'s für den Norddeutschen Bund nur auf Antrag verfolgt werden sollen, angesehen, und beim Mangel eines solchen Antrags für straflos erklärt hat.

Die Richtigkeit dieser Gesetzesanwendung bestreitet der Staatsanwalt aus dem doppelten Grunde, weil

1.

mit den in §. 247, Abs. 1 des StGB.'s für den Norddeutschen Bund gebrauchten Worten:

„gegen Personen, in deren Lohn oder Kost er sich befindet"

nur der hier nicht vorliegende Gesindediebstahl habe bezeichnet werden sollen, weil aber auch

2.

die thatsächliche Feststellung, der Angeklagte habe, wie Bl. gesagt ist:

21*

„in seiner Stellung als Schreiber einen monatlichen Lohn von 10 Thalern bezogen“

er habe, wie weiter ausgesprochen ist:

„zu dem Verletzten durch Beziehung eines monatlichen Geldbetrages von 10 Thlrn. zu seinem Lebensunterhalte in einem Lohnverhältnisse im Sinne von §. 247 des StGB.'s für den Norddeutschen Bund gestanden“

zu Anwendung der angezogenen Gesetzesvorschrift deshalb nicht ausreiche, weil danach nicht ausgeschlossen sei, daß der Angeklagte neben dem Lohne des Advocaten Sch. auch noch andere beziehentlich wesentlichere Einnahmequellen gehabt haben könne.

Das OAG. hat weder den einen noch den anderen Einwand begründet gefunden.

Mag nämlich auch

zu 1.

nicht bezweifelt werden, daß der Schreiber eines Advocaten wenigstens nach den Dienstleistungen, welche in der Regel von einem solchen erfordert zu werden pflegen, auch wenn er auf einen bestimmten Zeitraum zu unausgesetzter Dienstleistung gegen eine bestimmte Vergütung sich verbindlich gemacht hat, dem Gesinde im Sinne der Gesindeordnung vom 10. Januar 1835 nicht beigezählt werden kann, so gebricht es doch auch auf der andern Seite an einem ausreichenden Grunde, die angezogene Vorschrift des StGB.'s für den Norddeutschen Bund ausschließlich auf ein solches Gesindedienstverhältniß zu beziehen, da die ohne einen beschränkenden Zusatz gebrauchten Worte: „Personen, in deren Lohn oder Kost er sich befindet“ auch auf andere Verhältnisse als den Gesindedienst gleichberechtigte Anwendung leiden, auch die Zusammenstellung solcher Personen mit Angehörigen, Vormündern oder Erziehern für die von dem Staatsanwalte vertretene beschränkende Interpretation kein Anhalten gewährt.

Dagegen muß allerdings

zu 2.

wenn die angezogene Gesetzesvorschrift auf ein Verhältniß, in welchem Jemand von einem Dritten für seine Leistungen bezahlt wird, Anwendung leiden soll, sowohl Dasjenige, was geleistet wird,

als auch die dafür gewährte Vergütung von der Art sein, daß darauf der Ausdruck: „in Lohn sich befindet“ paßt. Ob solches der Fall sei oder nicht, ist Sache der thatsächlichen Feststellung, welche, wie bereits erwähnt, im vorliegenden Falle dahin geht, daß der Angeklagte, als er gegen den Advocaten Sch. Unterschlagungen begangen, bei demselben als Schreiber beschäftigt gewesen sei, und in dieser Stellung einen monatlichen Lohn von 10 Thalern zu seinem Lebensunterhalte bezogen habe. Daß dieses Verhältniß schon nach der Natur der Dienstleistung oder der dafür gewährten Vergütung als ein „in Lohn Stehen“ nicht angesehen werden könne, läßt sich nicht behaupten, es wird aber auch ferner das „Stehen im Lohne“, im Gegensatze zu einzelnen jedesmal besonders bezahlten Dienstleistungen, durch die Bezeichnung der Gegenleistung als eines monatlichen, zum Lebensunterhalte gewährten Lohnes genügend gekennzeichnet.

Zu weit geht jedenfalls der Staatsanwalt, wenn er verlangt, es habe noch weiter festgestellt werden müssen, daß der Angeklagte neben dem ihm vom Advocaten Sch. gewährten Lohne auch noch andere beziehentlich wesentlichere Einnahmequellen nicht gehabt habe. In der Allgemeinheit, in welcher dieser Satz aufgestellt worden, bedarf derselbe keiner Widerlegung. Hat aber damit nur gesagt werden wollen, daß immerhin die Erwerbsverhältnisse des Angeklagten in ihrer Gesammtheit der Art gewesen sein können, daß er, obgleich ihm von dem genannten Sachwalter für gewisse Dienstleistungen ein Monatslohn gewährt worden, doch als in dessen Lohne befindlich gewesen nicht angesehen werden könne; so mag zwar die Möglichkeit des Vorhandenseins solcher besonderen Verhältnisse nicht bestritten werden, sie würden aber, um bei der Entscheidung auf die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde berücksichtigt werden zu können, bekannten Grundsätzen nach der thatsächlichen Feststellung in dem angefochtenen Erkenntnisse bedürfen, an welcher es gänzlich gebricht, während Dasjenige, was als in Gewißheit gesetzt bezeichnet ist, zu Rechtfertigung der stattgefundenen Gesetzesanwendung ausreicht.

25.

Zur Begriffsfeststellung des Lohnverhältnisses im Sinne des §. 247, Abs. 1 des NDStGB.'s (Handlungsgehülfe).

Verordn. vom 27. März 1871 no. 217|212.

Die in Frage kommende Bestimmung,

daß Derjenige, welcher einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gegen solche Personen begeht, in deren Lohn oder Kost er sich befindet, nur auf Antrag verfolgt werden soll,

ist

Schwarze, Handausgabe des StGB.'s für den Norddeutschen Bund S. 277,

in §. 247 des Gesetzbuchs nur erst auf Beschluß der Reichstagscommission aufgenommen worden, und es sind dem erkennenden Richter besondere Motiven für diese Einschaltung nicht zugänglich.

Mögen aber auch dabei die Bl. angegebenen Rücksichten auf die häuslichen und geschäftlichen Verhältnisse des Verletzten obgewaltet haben; so berechtigt doch diese Annahme auf keinen Fall dazu, die Gesetzesvorschrift auf solche Beziehungen des Thäters zu dem Verletzten auszudehnen, welche von den für die Gesetzesanwendung an erster Stelle maßgebenden Worten: „Personen, in deren Lohn oder Kost er sich befindet" offenbar nicht getroffen werden. Will man nun auch nicht annehmen, daß die gebrauchten Worte ausschließlich ein Gesindedienstverhältniß im Sinne der Gesindeordnung vom 10. Januar 1835 bezeichnen; so würde man doch auch auf der anderen Seite mit der Bedeutung, unter welcher der Ausdruck: „in Jemandes Lohn oder Kost sich befinden" im gewöhnlichen Leben und im geschäftlichen Verkehre gebraucht zu werden pflegt, in Widerspruch gerathen, wenn man darunter jedes Verhältniß verstehen wollte, in welchem Jemandem für ausbedungene, längere Zeit fortdauernde Dienstleistungen eine im Voraus bestimmte Vergütung an Geld oder Naturalverpflegung gewährt wird. Keineswegs auf alle derartigen Verhältnisse, in welchen häufig der Dienstleistende eine sehr hervorragende Stellung

einnimmt, sondern nur auf solche, in welchen der gewisse Dienste Leistende eine an diejenige der Dienstboten wenigstens angrenzende Stellung einnimmt, auch dem entsprechend seine Dienstleistungen untergeordneter Art und namentlich solche sind, welche eine besondere Vorbildung nicht erheischen, wird nach dem Sprachgebrauche der Ausdruck: in Lohn oder Kost sich befinden, angewendet, während man zu Bezeichnung dessen, was unter den oben angedeuteten entgegengesetzten Verhältnissen gewährt wird, der Worte: Salair, Gehalt, freie Station u. s. w. sich zu bedienen pflegt. Zu der Annahme, daß der Gesetzgeber die fraglichen Worte in einem andern, als dem hervorgehobenen und namentlich in einem weiter reichenden Sinne gebraucht habe, ist kein Grund vorhanden.

Nach den hier aufgestellten Grundsätzen hat nun im vorliegenden Falle der Ansicht der vorigen Instanz, daß die strafrechtliche Verfolgung des Angeklagten wegen der eingeräumten Unterschlagung, weil derselbe zur Zeit der That „im Lohne“ — Kost kommt überhaupt nicht in Frage — des Verletzten, des Kaufmanns V., gestanden habe, nur auf Antrag einzutreten gehabt haben würde, nicht beigetreten werden können. Die Stellung, welche der in fünfjähriger Lehrzeit für den kaufmännischen Geschäftsbetrieb ausgebildete Angeklagte in dem von V. betriebenen Commissionsgeschäfte inne gehabt hat, ist die eines Commis und Provisionsagenten gewesen, und derselbe hat in dieser Stellung theils Comptoirarbeiten, namentlich einen Theil der Correspondenz besorgt, theils am hiesigen Platze Abnehmer für Mehl und Getreide zu ermitteln gehabt, für diese Dienstleistungen ist ihm eine Bl. als „fester Gehalt“, Bl. als „festes Salair“ bezeichnete Summe von jährlich 150 Thalern ausgesetzt gewesen, außer welcher er noch für die von ihm vermittelten Geschäfte eine voraus bestimmte Provision bezogen hat, seine Stellung ist somit die eines zugleich von dem Principale zu Rechtsgeschäften in dessen Handelsgewerbe beauftragten Handlungsgehülfen,

Art. 57 und Art. 58, Abs. 2 des ADHGB.'s,

gewesen, auf welche nach der erforderlichen Vorbildung, nach der Stellung, welche der Angeklagte eingenommen hat und nach der Beschaffenheit seiner Dienstleistungen, auch insoweit als ihm für diese Dienstleistungen eine für die Dauer eines Jahres voraus

bestimmte Geldsumme gewährt worden ist, weder nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, noch namentlich nach der Ausdrucksweise des angezogenen Handelsgesetzbuchs, welches in Art. 57 und 60 Dasjenige, was ein Handlungsgehülfe für seine Dienstleistungen empfängt, als „Gehalt und Unterhalt" bezeichnet, die gesetzliche Ausdrucksweise, er habe in Lohn sich befunden, Anwendung leiden kann.

26.

Zur Begriffsfeststellung des Lohnverhältnisses im Sinne des §. 247, Abs. 1 des NDStGB.'s (im Lohne des Staates Stehende).

Erk. vom 31. März 1871 no. 237/230.

Angenommen aber selbst, daß das aus dem Geschäftsbüreau des Sectionsingenieurs B. gestohlene Geld als Staatseigenthum anzusehen gewesen sei, so hat doch das OAG. darin, daß der dieses Diebstahls beschuldigte K. in diesem Büreau als Hülfscopist beschäftigt gewesen ist und eine den Umständen nach als „Lohn" wohl anzusehende Vergütung aus der Staatscasse bezogen hat, einen Grund zu Anwendung der Ausnahmebestimmung in §. 247 des StGB.'s für den Norddeutschen Bund schon deshalb nicht zu finden vermocht, weil diese Vorschrift ebenso nach den Worten: „solche Personen, in deren Lohn oder Kost er sich befindet", wie noch besonders nach der Zusammenstellung dieser Personen mit Angehörigen, Vormündern und Erziehern besondere persönliche und häusliche Beziehungen des Thäters zu dem Verletzten voraussetzt, wie sie gegenüber dem Staate, als juristischer Person, gar nicht vorkommen und gedacht werden können.

27.

Zur Begriffsfeststellung des Kostverhältnisses im Sinne des §. 247, Abs. 1 des NDStGB.'s.

Erk. vom 27. März 1871 no. 214/218.

Die Vorschrift des §. 247 des NDStGB.'s findet nicht blos dann Anwendung, wenn der Thäter zugleich in Lohn und Kost

des Verletzten sich befindet, sondern es genügt schon zu deren Anwendung, wenn eine oder die andere dieser Voraussetzungen vorliegt. Hieraus ergiebt sich allerdings soviel, daß jene Vorschrift nicht ausschließlich auf das gesindedienstliche Verhältniß, auf welches dieselbe nach dem Zeugnisse von

Schwarze, Handausgabe zu dem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund S. 277

wenigstens zunächst und hauptsächlich berechnet worden ist, beschränkt werden kann. Doch wird man, um nicht jener Vorschrift eine mit der Absicht der Gesetzgebungsfactoren voraussetzlich im Widerspruch stehende Ausdehnung zu geben und auch schon nach der Wortfassung derselben daran festhalten müssen, daß sie nur auf solche Fälle Anwendung zu finden hat, in denen Jemand für gewisse fortlaufende häusliche Dienste oder sonstige eine höhere Ausbildung nicht bedingende Arbeiten, welche er einem Anderen leistet, von diesem Lohn oder Kost gewährt erhält. Die Gewährung von Lohn in dem sprachgebräuchlichen Sinne dieses Wortes bildet daher immer die wesentliche Voraussetzung jener Vorschrift, möge nun der Lohn in Geld oder in Kost, oder, wie bei dem Hausgesinde in der Regel der Fall ist, in beiden zugleich gewährt werden. Es wird solchem nach, wie auch bereits von der vorigen Instanz mit Recht geltend gemacht worden ist, nur Derjenige im Sinne des angezogenen Gesetzesparagraphen als in „Kost" bei einem Anderen befindlich zu betrachten sein, welcher die Beköstigung von diesem als Vergütung für die demselben geleisteten Dienste und sonach nur an Stelle eines in Gelde zu gewährenden Lohnes erhält. Wollte man jener Gesetzesvorschrift die von dem Vertheidiger befürwortete — allerdings auch mit der Ansicht von

Oppenhoff, Commentar zum NDStGB. S. 438, Not. 7

übereinstimmende — Ausdehnung geben, wonach dieselbe auch auf sogenannte Kostgänger, welche nur regelmäßig bei einem Andern gegen Bezahlung und ohne dafür diesem Dienste zu leisten, ihre Nahrung erhalten, also folgerecht z. B. auch auf solche Personen bezogen werden müßte, welche sich in einem bestimmten Gast- oder Speisehause beköstigen lassen, ohne mit dem Inhaber des letzteren in einer anderen Beziehung als der eines regelmäßigen, vielleicht

durch ein sogenanntes Abonnement auf einen im Voraus bestimmten Zeitraum gebundenen Tischgastes zu stehen, so würden dadurch Verhältnisse getroffen werden, welche der Gesetzgeber voraussetzlich bei jener gesetzlichen Bestimmung nicht hat treffen wollen, und auf welche die letztere auszudehnen auch in der That ein innerer Grund nicht erkennbar ist.

In dem vorliegenden Falle ist nun soviel thatsächlich festgestellt, daß der Angeschuldigte M., Lohncopist bei dem Ger.-Amte zu L., bei dem Verletzten, dem dasigen Amtswachmeister G., gegen Bezahlung von 8 Thlr. monatlich Wohnung und Beköstigung empfangen, daß ferner der Angeschuldigte während dieses eine längere Zeit andauernden und namentlich noch zur Zeit der verübten Diebstähle bestandenen Verhältnisses zeitweilig auch für G. Schreiberarbeiten verrichtet hat, daß dies jedoch nur aus Gefälligkeit und ohne irgend eine ihn dazu verpflichtende Uebereinkunft, auch nur neben seiner Function als Amtscopist, geschehen und daß ihm für diese Arbeiten von G. — wenn schon derselbe mit Rücksicht hierauf die ihm von dem Angeschuldigten für Kost zu gewährende Entschädigung nur gering bemessen hat — eine besondere Vergütung nicht gewährt worden ist.

Diese Stellung des Angeschuldigten zu dem Verletzten entspricht nun aber den Anforderungen, welche an ein Verhältniß der obigen Art gemacht werden müssen, keineswegs. Denn einerseits entbehren die Schreiberarbeiten, welche der Angeschuldigte nur zeitweilig und lediglich aus freiem Willen für den Verletzten verrichtete, des dazu erforderlichen Charakters einer fortlaufenden Dienstleistung, und eben sowenig kann nach den obigen thatsächlichen Feststellungen angenommen werden, daß ihm als Vergütung für diese Dienste Lohn oder Kost von dem Verletzten gewährt worden sei.

28.

Eine nach §. 259 des NDStGB.'s strafbare Hehlerei liegt auch dann vor, dafern der Dieb mit Rücksicht auf seine besonderen persönlichen Verhältnisse, z. B.

auf Grund des §. 247, Abs. 2 des NDStGB.'s straflos bleiben mußte.

Erk. vom 20. März 1871 no. 197/192.

Das Gerichtsamt hat für erwiesen angesehen, daß die verehelichte F. und die verehelichte V. ihres eigenen Vortheils halber die gedachten Feldfrüchte von der verehelichten H. und zwar mit Kenntniß dessen gekauft und an sich gebracht hätten, wie letztere ihrerseits diese Früchte ihrem Ehemanne entwendet oder unterschlagen habe; gleichwohl jedoch hat das Ger.-Amt beide Angeschuldigte bezüglich der ihnen sonach beigemessenen Hehlerei und zwar unter Bezugnahme darauf freigesprochen, daß §. 259 des NDStGB.'s den Erwerb von Sachen, die durch eine „strafbare" Handlung erlangt worden, voraussetze, von einer solchen strafbaren Handlung der H. aber sich nicht sprechen lasse, da deren Gebahren nach §. 247, Abs. 2 des NDStGB.'s überhaupt als straflos sich darstelle. Dieser Schlußfolgerung kann nicht beigepflichtet werden. Wenn es auch ganz richtig ist, daß die H. auf Grund der zuletzt angezogenen Strafvorschrift straflos bleiben muß, so enthielt doch ihr Gebahren in objectiver und subjectiver Beziehung die Begriffsmerkmale des Vergehens des Diebstahls oder der Unterschlagung und mithin die Begriffsmerkmale einer strafbaren Handlung; nur in Hinblick auf ihre besondere persönliche Beziehung zu dem Damnificaten muß ihre Strafverfolgung ausgeschlossen bleiben. Auch in der Fassung des §. 247 selbst kann man einen Beleg dafür finden, daß der Gesetzgeber nicht daran gedacht hat, die Nichtverfolgbarkeit einer Handlung als ein Moment anzusehen, durch welche die letztere den Character einer an sich strafbaren verlöre; es würde sonst überhaupt nicht in Abs. 2 von dem von einem Ehegatten rc. begangenen Diebstahle haben gesprochen werden können. Zudem lassen sich noch aus anderen Stellen des NDStGB.'s Belege hierfür entnehmen; es braucht nur daran erinnert zu werden, daß die §§. 56, 59 auch solche Handlungen als „strafbare" bezeichnen, bezüglich deren ein Angeschuldigter wegen Mangels der zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit erforderlichen Einsicht oder wegen Irrthums freizusprechen ist.

Aus diesen Gründen konnte daher daraus, daß die H. ihrer-

seits straflos auszugehen hatte, nicht zugleich die Straflosigkeit der Hehler gefolgert werden.

Wenn dagegen der Staatsanwalt diesen Nachweis noch auf einem anderen Wege und zwar unter Bezugnahme darauf führen zu können gemeint hat, daß in Abs. 3 des §. 247 des NDStGB.'s ausdrücklich darauf hingewiesen werde, wie die Bestimmung des Abs. 2 auf einen Theilnehmer und Begünstiger, welcher nicht in dem Verhältnisse eines Angehörigen ꝛc. stehe, nicht Anwendung leiden solle, und daß ja auch ein nach §. 259 zu beurtheilender Hehler als ein solcher Begünstiger anzusehen sei: so ist dies nicht richtig, vielmehr hat man den Begriff der Begünstigung, welchen ebenso §. 63 als §. 247 Abs. 3 im Auge hat, lediglich aus §. 257 zu entlehnen und darf ihn nicht auf die in §. 259 des NDStGB.'s gedachte Hehlerei ausdehnen; letztere repräsentirt ein ganz selbständiges Delict, welches irgend eine nähere Beziehung zu dem Thäter gar nicht und am Wenigsten die Absicht, diesem Vorschub leisten zu wollen, voraussetzt; das Vorhandensein einer solchen Absicht schließt sogar die Anwendung des §. 259 aus und führt vielmehr zur Subsumtion der That unter §. 257 und resp. 258. Eben in Hinblick auf den selbständigen Character dieses Delicts bedurfte es aber auch gar keines Hinweises darauf, daß dasselbe von den in §. 247 Abs. 1 und 2 getroffenen Bestimmungen in keiner Weise berührt werde.

Strafprozeßrecht.

4.

Aus dem rein formellen Mangel einer Bezugnahme darauf, daß die in §. 2 des NDStGB.'s verbunden mit §. 43 ff. der Ausführungsverordnung vom 10. Dec. 1870 angeordnete Vergleichung des alten und neuen Rechts vorgenommen und bei dieser Vergleichung die erkannte Strafe gefunden worden sei, läßt sich kein Cassationsgrund herleiten (Art. 12 der RStPO.).

Erk. vom 10. Febr. 1871 no. 101/85.

Ebensowenig wird die eingewendete Richtigkeitsbeschwerde durch

das Vorbringen gerechtfertigt, es lasse der Bescheid nicht ersehen, daß bei dessen Ertheilung die in §. 43 flg. der Ausführungsverordnung zum NDStGB. vom 10. December v. J. vorgeschriebene Vergleichung der bezüglichen Strafbestimmungen des letzteren mit denen des RStGB.'s vorgenommen worden sei.

Der angefochtene Strafbescheid ist im Monat Januar 1871, mithin zu einer Zeit ertheilt worden, zu welcher in Gemäßheit §. 1 des Einführungsgesetzes zum StGB. für den Nordd. Bund vom 31. Mai 1870 letzteres im ganzen Umfange des Bundesgebietes in Kraft getreten war. An und für sich waren hiernach diesem Strafbescheide, wie auch geschehen, die bezüglichen Bestimmungen dieses StGB.'s zu Grunde zu legen, solche gleichzeitig aber, da die in Frage befindliche Entwendung bereits im November v. J. verübt worden war, in Gemäßheit §. 43 der obgedachten Ausführungsverordnung mit den entsprechenden Vorschriften des RStGB.'s zu vergleichen und letztere dann in Anwendung zu bringen, wenn solche zu einem für den Angeschuldigten weniger harten Ergebnisse geführt haben würden. Daß dies vorliegend der Fall gewesen sein würde, ist vom Staatsanwalte aber gar nicht behauptet, die von ihm eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde vielmehr nur auf den vermeintlichen formellen Mangel des Bescheids, die Nichtverlautbarung jener Vergleichung im Contexte des Bescheides, gegründet worden. Nun hat aber das OAG. ganz dahingestellt sein lassen können, ob durch die bezüglichen Vorschriften der Einführungsverordnung vom 10. December 1870 eine derartige ausdrückliche Verlautbarung im Erkenntnisse selbst vorgeschrieben worden sei, — wenngleich nach Ansicht der jetzt erkennenden Instanz eine solche in jedem Falle mindestens als durchaus zweckmäßig zu erachten sein würde — denn selbst bei bejahender Beantwortung der obigen Frage könnte die Nichtbeachtung der bezüglichen Vorschrift immerhin nicht eine Nichtigkeit des Erkenntnisses selbst zur Folge haben; es würde diese vielmehr nur eine theilweise Lückenhaftigkeit in der rechtlichen Begründung der erkannten Strafe involviren, eine desfallsige Mangelhaftigkeit bedingt aber nach der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 12 der RStPO. nur dann die Nichtigkeit des ertheilten Erkenntnisses, wenn dasselbe entweder überhaupt gar keine Entscheidungsgründe

enthält, oder wenn letztere nur auf die Thatfrage, oder nur auf die Rechtsfrage sich beziehen.

5.

Der auf Vorlegung der Acten an den Vertheidiger gerichtete Antrag des Angeklagten gehört nicht zu den Beweisanträgen im Sinne des Art. 243 Abs. 3 der RStPO.

Erk. vom 17. April 1871 no. 288/267.

Der Vertheidiger des Angeschuldigten S. hat zu Begründung der von ihm gegen das Fortstellungserkenntniß eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerde lediglich darauf Bezug genommen, daß sein Defendend auf den Antrag, die Acten seinem Vertheidiger vorzulegen, ohne Bescheidung geblieben sei. Hierin will Remedent einen Verstoß gegen die Vorschrift des Art. 243 Abs. 3 der RStPO. erblickt wissen. — Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Der gedachte Antrag S.'s ging dahin, seinem Vertheidiger die Acten vorzulegen, sobald sie „communicabel" würden. Ein solcher Antrag kann nicht zu denen gerechnet werden, auf die der Antragsteller, zu Vermeidung einer sonst daraus herzuleitenden Nichtigkeit, beschieden werden muß, zumal dadurch überhaupt keine Befugniß angestrebt wird, welche der Untersuchungsrichter dem Angeschuldigten zu entziehen berechtigt wäre (Art. 42 Abs. 3 der RStPO.); der Vertheidiger brauchte sich nur an Gerichtsstelle einzufinden, um von seinem Rechte auf Acteneinsicht Gebrauch zu machen. Auch ist dem Defensor S.'s eine Mittheilung über seine Wahl als Vertheidiger rechtzeitig zugegangen.

6.

Dafern annoch nach Bekanntmachung des Actenschlusses Etwas ermittelt oder actenkundig gemacht worden war, worauf das nachmals abgefaßte Erkenntniß mit gestützt wurde, so kann aus der Unterlassung anderweiter Actenschlußbekanntmachung ein Nichtigkeitsgrund hergeleitet werden (Art. 362 des RStPO.).

Erk. vom 6. Febr. 1871 no. 74/75.

Nach Vorschrift des Art. 362 der RStPO. hat der Einzel-

richter, wenn er die angestellten Erörterungen für ausreichend erachtet, um ein Erkenntniß in der Hauptsache ertheilen zu können, die Untersuchung zu schließen und solches sowohl dem Angeschuldigten als dem Staatsanwalte zu eröffnen, hierbei auch zugleich dem Angeschuldigten, wenn derselbe das ihm Beigemessene völlig oder doch nur theilweise geleugnet hat, die wider ihn sprechenden Verdachtsgründe nochmals vorzuhalten und ihn zur Angabe dessen, was er hiergegen noch geltend zu machen gemeint sei, aufzufordern. Es soll daher nach dem klaren Wortlaute dieser Bestimmung, der die Anklage ganz oder theilweise leugnende Angeschuldigte noch vor der Abfassung des Bescheids von allen für den Anschuldigungsbeweis erheblichen Ergebnissen der Untersuchung Kenntniß erlangen und ihm dadurch Gelegenheit zur Vertheidigung gegen die wider ihn vorliegenden Verdachtsgründe gegeben werden. Damit stimmt auch die am Schlusse des Art. 168 der RSt.PO. für bezirksgerichtliche Voruntersuchungen ertheilte Vorschrift, welche nach der Eingangsbestimmung des Art. 361 auch für den Einzelrichter maßgebend ist, überein.

Hieraus ergiebt sich nun aber weiter von selbst, daß eine den Angeklagten verurtheilende einzelrichterliche Entscheidung nur auf solche Ergebnisse des Anschuldigungsbeweises gestützt werden darf, rücksichtlich deren die obengedachte, im Interesse der Vertheidigung für wesentlich zu achtende Vorschrift des Art. 362 befolgt worden ist, daß also, falls nach bereits stattgefundener Schlußvernehmung des Angeschuldigten noch weitere für den Anschuldigungsbeweis erhebliche Umstände ermittelt und actenkundig gemacht werden, der Angeklagte unter nochmaliger Bekanntmachung des Untersuchungsschlusses von diesen Umständen in Kenntniß gesetzt werden muß, damit ihm die Füglichkeit gewährt werde, das in dieser Beziehung zu seiner Vertheidigung dienlich Erachtete noch vor der Bescheidsertheilung vorstellig zu machen.

Annalen des OAG.'s Bd. VIII, S. 88.
Allg. Ger.-Zeitung Bd. IV, S. 344. Bd. X, S. 63.

Als erheblich in diesem Sinne ist aber jedenfalls alles dasjenige anzusehen, was der Richter selbst dafür ansieht, indem er es hinter-

drein in seiner Entscheidung ausdrücklich als Grund für die erkannte Verurtheilung geltend macht.

In dem vorliegenden Falle ist die Verurtheilung des Angeschuldigten wegen des von ihm geleugneten Diebstahls hauptsächlich auf das Zeugniß des zugleich in der Eigenschaft als Verletzter aufgetretenen Fleischers M. gestützt und hierbei ausdrücklich ausgesprochen worden, daß in die Glaubwürdigkeit der M.'schen Aussage nach dem über den Letzteren ertheilten gerichtlichen Leumundszeugnisse kein Zweifel zu setzen sei. Da nun zu der Zeit, als dieses Leumundszeugniß als Antwort auf die deshalb erlassene Requisition bei dem Untersuchungsgerichte einging, die Bekanntmachung des Actenschlusses bereits Bl. geschehen, beziehendlich in Folge der über die Vorbestrafungen des Angeschuldigten nachträglich angestellten Erörterungen wiederholt worden war, so hätte der Angeschuldigte unter nochmaliger Bekanntmachung des Actenschlusses von dem beregten Leumundszeugnisse in Kenntniß gesetzt und ihm dadurch Gelegenheit gegeben werden sollen, seine etwaigen Einwendungen dagegen noch vor der Bescheidsertheilung vorzubringen. Dies ist jedoch nicht geschehen, vielmehr ist unmittelbar nach dem Eingange des letzteren mit Abfassung und Bekanntmachung des Bescheids verfahren worden. Es läßt sich auch nicht annehmen, daß der Angeschuldigte durch die Bl. erfolgte Verneinung der ihm vorgelegten Schlußfrage auf jene Bekanntmachung im Voraus verzichtet habe, da diese Verneinung nach der angezogenen Vorschrift des Art. 362 der RStPO., wie von dem Vertheidiger mit Recht geltend gemacht worden ist, nur in dem Sinne aufgefaßt werden kann, daß er gegen die ihm vorgehaltenen, also damals bekannt gewesenen Verdachtsgründe weiter nichts geltend zu machen habe, während ihm zu dieser Zeit das beregte Leumundszeugniß noch gar nicht bekannt sein konnte, ja voraussetzlich nicht einmal der Umstand bekannt war, daß der Eingang eines solchen Zeugnisses überhaupt zu erwarten stand, da die Acten nirgends ersehen lassen, daß er von der deshalb erlassenen Requisition in Kenntniß gesetzt worden sei.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich, daß das Untersuchungsgericht eine für wesentlich zu achtende Vorschrift des Strafverfahrens verletzt hat.

7.

Darin, daß die Einspruchsinstanz, wenn schon sie eins der im gerichtsamtlichen Bescheide mit bestraften Delicte für straflos erklärt, doch die in selbigem erkannte Strafhöhe bestätigt, ist zwar in der Regel, aber nicht schlechterdings eine reformatio in pejus zu erblicken (Art. 379, Abs. 3 der RStPO.).

Erk. vom 20. März 1871 no. 192|195.

Die Ansicht des Staatsanwalts, daß durch das von dem BG. Ch. auf Einspruch der Angeklagten in zweiter Instanz ertheilte Erkenntniß der erstinstanzliche Bescheid zum Nachtheile der Angeklagten abgeändert und somit die Bestimmung in Art. 379, Abs. 3 der RStPO. verletzt worden sei, kann nicht für richtig anerkannt werden. Der noch vor dem Inkrafttreten des NDStGB.'s gesprochene Bescheid des GA.'s Frankenberg hatte auf Grund der thatsächlichen Feststellungen jeden der beiden Angeklagten sowohl eines Felddiebstahls unter erschwerenden Umständen, als einer Widersetzung gegen erlaubte Selbsthülfe für schuldig geachtet und wegen des erstgedachten Vergehens auf Grund des Forst= rc. Strafgesetzes vom 11. Aug. 1855 14 Tage Gefängniß für G. und 8 Tage dergleichen für U., sowie wegen des letzterwähnten Delicts auf Grund von Art. 143 des RStGB.'s 3 Tage Gefängniß für G. und 14 Tage dergleichen für U. ausgeworfen. Nun hat das nach inzwischen erfolgtem Eintritt der Wirksamkeit des NDStGB.'s gesprochene Erkenntniß zweiter Instanz einem jeden der Angeschuldigten gegenüber die ihm zuerkannte Gesammtstrafe von beziehendlich 17 und 22 Tagen Gefängniß bestätigt. Es hat also gedachtes Erkenntniß keineswegs die in erster Instanz erkannten Gesammtstrafen erhöht. Wird aber gleichwohl von dem Staatsanwalte behauptet, daß das bezirksgerichtliche Urthel eine unzulässige Verschärfung des erstinstanzlichen Bescheides enthalte, so beruft sich derselbe zu Rechtfertigung dieser Behauptung auf die Art und Weise, wie das confirmatorische Erkenntniß des BG.'s begründet ist. In dieser Hinsicht hat das BG. zunächst ausgesprochen, daß

das inzwischen in Kraft getretene NDStGB. auf die gegenwärtige Untersuchungssache anzuwenden sei, daß dieses Gesetzbuch das in dem RStGB. aufgeführte Vergehen der Widersetzung gegen erlaubte Selbsthülfe in den Kreis der strafbaren Handlungen nicht mit aufgenommen habe, und daß die in erster Instanz nach dem inzwischen aufgehobenen Forst= 2c. Strafgesetze vom 11. August 1855 beurtheilten Felddiebstähle nunmehr als gemeine Diebstähle dem §. 242 des NDStGB.'s zu unterstellen seien. Im Anschlusse hieran ist demnächst in dem bezirksgerichtlichen Urthel noch bemerkt worden, daß das Gebahren der Angeklagten bei den von ihnen verübten Felddiebstählen seiner Totalität nach und namentlich im Hinblick auf die von ihnen begangene Widersetzlichkeit auch nach der Strafbestimmung in §. 242 des NDStGB.'s eine strengere Ahndung verdiene. Nimmt nun der Staatsanwalt an, daß auf diese Motivirung hin das bezirksgerichtliche Erkenntniß nur zur Aufrechterhaltung der in Ansehung der Felddiebstähle gegen die Angeklagten ausgesprochenen Einzelstrafen von beziehendlich 8 und 14 Tagen Gefängniß hätte gelangen dürfen, nicht aber zu Bestätigung der den Angeschuldigten im Ganzen auferlegten Gefängnißstrafen von beziehendlich 17 und 22 Tagen, so vermag das OAG. dem nicht beizustimmen. Konnte gleich das BG. in denjenigen Handlungen der Angeklagten, rücksichtlich deren der Bescheid dieselben des Vergehens der Widersetzung gegen erlaubte Selbsthülfe für schuldig erachtet hatte, nach dem von ihm angewendeten NDStGB. nicht mehr den Thatbestand eines Delicts finden, so war doch hierdurch keineswegs für das BG. ausgeschlossen, jene Handlungen, die im nächsten Zusammenhange mit den vorliegenden Diebstählen standen, bei Abwägung des Strafbarkeitsgrades der letzteren mit in Betracht zu ziehen. Und wenn hierbei das BG. zu der Ansicht gelangte, daß jeder der Angeklagten durch den ihm zur Last fallenden Diebstahl soviel Strafe, als die Summirung der ihm in erster Instanz zuerkannten Einzelstrafen ergebe, verwirkt habe, so durfte es sich für berechtigt halten, bei jedem der Angeklagten die Gesammtdauer der wider ihn im Bescheide ausgesprochenen zwei Gefängnißstrafen aufrecht zu erhalten. Nur dann würde das BG. die in erster Instanz als Widersetzung gegen erlaubte Selbsthülfe aufgefaßten Handlungen der Angeklagten, sowie die deshalb ausgeworfenen Einzelstrafen ganz bei

Seite zu lassen und die Angeschuldigten hierunter straffrei zu sprechen gehabt haben, wenn zwischen gedachten Handlungen und den Diebstählen eine in Ansehung der letzteren beachtungswerthe Beziehung nicht stattfände. Eine solche ist aber allerdings in sofern vorhanden, als die fraglichen Handlungen bei Gelegenheit der Diebstähle und im unmittelbarsten Zusammenhange mit letzteren begangen wurden, und demzufolge waren diese Handlungen, obschon sie nicht mehr als selbständige Delicte betrachtet werden konnten, doch immer bei Prüfung der Frage, ob die Angeklagten durch die ihnen in erster Instanz auferlegten Strafen nach den Bestimmungen des RDStGB.'s zu hart getroffen würden, mit in Anschlag zu bringen.

8.

Die bloße Notification des Einspruchstermins an den verhafteten Angeschuldigten genügt nicht, um die Nichtigkeit des nachmals in seiner Abwesenheit abgehaltenen Term'ins und des darauf gestützten Erkenntnisses abzuwenden (Art. 380[a], 382, 384 der RStPO., verbunden mit der Ausführ.-Verordn. vom 31. Juli 1856).

Erk. vom 20. März 1871 no. 196/189.

Die für das Verfahren bei der Hauptverhandlung vor dem BG. im 2. und 3. Cap. der 3. Abth. des besonderen Theiles der RStPO. ertheilten Vorschriften behandeln, im Anschlusse an das ihnen zu Grunde liegende Prinzip der Umittelbarkeit, das persönliche Erscheinen und das Gehör des Angeklagten vor dem zur Entscheidung berufenen Richtercollegium als die Regel, von welcher nur gewisse, hier nicht in Betracht kommende Ausnahmen gestattet sind. Dieselben Vorschriften sollen nach dem Schlußsatze von Art. 382 der RStPO. in dem Falle, daß zur Verhandlung und Entscheidung über eingewendeten Einspruch vor dem BG. ein Termin anberaumt wird, jedoch nur in soweit Anwendung leiden, als nicht besondere Bestimmungen des 3. Cap. der 4. Abth. im besonderen Theile entgegenstehen, und das Letztere ist allerdings insofern der Fall, als zwar nach Art. 380[a] der Angeklagte von

dem anberaumten Termine in Kenntniß gesetzt worden, ihm auch nach Art. 382 freistehen soll, noch in dem Termine bei der Verhandlung Anträge der dort näher angegebenen Art zu stellen, als aber auch auf der andern Seite nach Art. 384 das BG. auch bei dem Außenbleiben des Angeklagten, gleichviel ob er oder der Gegentheil den Einspruch eingewendet hat, mit der Verhandlung und Entscheidung, so wie mit der Bekanntmachung derselben verfahren kann. Die letztere Bestimmung beruhet offenbar darauf, daß man ein Verzichten des Angeklagten auf nochmaliges Gehör in der Einspruchsverhandlung und zugleich die Annahme für zulässig erachtet hat, daß der, erhaltener Benachrichtigung ohngeachtet, im Termine nicht erschienene Angeklagte eben auf seine Anwesenheit und auf weiteres Gehör verzichtet habe.

Die Annahme einer solchen Verzichtleistung ist aber nur statthaft, wenn dem Angeklagten die Möglichkeit geboten gewesen ist, im Termine zu erscheinen und es kann daher der Angeklagte, welcher im Termine nicht erschienen ist, dieser Annahme nach Art. 384, Abs. 2, verbunden Art. 107[a], Abs. 5 und 6, durch den Nachweis der Behinderung durch unabwendbare Umstände entgegentreten. Nach denselben Grundsätzen ist aber die Annahme einer solchen Verzicht und ein darauf gegründetes Verfahren schon vom Hause aus dann unzulässig, wenn der Angeklagte bei dem zuständigen Gerichte, oder mit dessen Vorwissen bei einer anderen Behörde in Haft sich befindet, dem für die Einspruchsverhandlung bestellten Vorsitzenden also schon bei Ansetzung des Termins bekannt ist, daß ohne sein Zuthun der Angeklagte im Termine nicht erscheinen könne. Hier würde in Hinblick auf die Schlußbestimmung in Art. 382 der RStPO. an sich unbedingt die Vorschrift in Art. 275, Abs. 2 ibid. einschlagen, nach welcher beim Beginne der Sitzung der Vorsitzende den Angeklagten in die Sitzung einführen lassen soll.

Abweichend hiervon ist zwar in §. 66, Abs. 2 der Ausführungsverordnung vom 31. Juli 1856 dem BG. nachgelassen, die Vorführung des verhafteten Angeklagten zu der Einspruchsverhandlung nicht zu verfügen, es soll aber in diesem Falle der Angeklagte durch das Gericht, in dessen Gewahrsam er sich befindet, nicht bloß vom dem Termine in Kenntniß gesetzt, sondern auch — und darin

liegt zweifellos der wesentliche Ersatz für das entzogene unmittelbare Gehör — zu Angabe dessen, was er etwa vorstellig zu machen gesonnen sein sollte, aufgefordert werden.

Die hier gestattete Ausnahme bestätigt zugleich die Regel, daß, wenn ein solches vorläufiges Gehör nicht stattgefunden hat, der verhaftete Angeklagte zum Verhandlungstermine selbst vorgeführt werden muß. Die angezogenen Vorschriften der RStPO. in Verbindung mit denen der Ausführungsverordnung berechtigen aber auch den verhafteten Angeklagten, welcher nur von dem angesetzten Termine in Kenntniß gesetzt, aber zur Angabe dessen, was er etwa vorstellig zu machen gesonnen sei, nicht aufgefordert worden ist, zu der Annahme, daß er zum Termine werde vorgeführt werden, mit dem Erfolge, daß daraus, daß er solche Vorführung vor dem Termine nicht noch besonders beantragt hat, ein Verzichten auf rechtliches Gehör im Termine nicht gefolgert werden kann.

Nach diesem Allen sind nun in der That dadurch, daß der verhaftete Angeklagte R., nachdem die Anberaumung eines Termins zur Verhandlung auf den von ihm eingewendeten Einspruch beschlossen worden war, von diesem Termine lediglich mittels ihm im Arresthause behändigter Notification in Kenntniß gesetzt, zu Angabe dessen aber, was er etwa vorstellig zu machen habe, nicht aufgefordert, ebenso wenig aber auch — und zwar ohne daß auch nur eine desfallsige Entschließung verlautbart worden — zu dem abgehaltenen Termine nicht vorgeführt worden ist, für wesentlich zu achtende, das Verfahren auf eingewendeten Einspruch betreffende Vorschriften verletzt worden, und es hat daher nach Art. 385, Abs. 1, verb. Art. 349 I. und Art. 352, Abs. 1 der RStPO. das auf dieses Verfahren gegründete Erkenntniß zweiter Instanz als nichtig aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung auf den eingewendeten Einspruch an das BG. zurückgewiesen werden müssen.

9.

Dafern der auf Abfassung eines Nachtragserkenntnisses gerichtete staatsanwaltschaftliche Antrag von dem erkennenden Richter nicht in erschöpfender Weise

erledigt wird, steht dem Staatsanwalte Nichtigkeitsbeschwerde zu (Art. 421 a ff. der RStPO., verbunden mit §. 90 der Ausführ.-Verordn. vom 31. Juli 1856).

Erk. vom 14. April 1871 no. 277/254.

Nach Bl. beantragte der Staatsanwalt bei dem BG. zu D. die Abfassung eines Nachtragserkenntnisses in den von ihm ibid. sub 1—3 speciell bezeichneten drei Untersuchungen; das BG. fügte jedoch diesem Antrage nur theilweise, indem es in dem Nachtragserkenntnisse lediglich aus den in den Untersuchungen sub 2 und 3 erkannten Strafen eine Gesammtstrafe bildete, dagegen in seiner Entscheidung über die Untersuchung sub 1 gänzlich mit Stillschweigen hinwegging.

Aus Anlaß dieses Verfahrens hat der Staatsanwalt gegen das gedachte Nachtragserkenntniß das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet (Art. 422 a, verbunden mit Art. 349 sub II der RStPO.). Dasselbe ist als begründet anzuerkennen gewesen.

Es liegt in der Natur der Sache und ist auch in §. 90 der Ausführungs-Verordnung vom 31. Juli 1856 ausdrücklich anerkannt, daß die Staatsanwälte die Organe sind, denen am Ehesten über diejenigen Verhältnisse und Voraussetzungen, unter welchen die Abfassung eines Nachtragserkenntnisses in Frage kommen kann, Kenntniß zugeht und denen daher auch die betreffende Antragsstellung obliegt. Soll aber dieses Recht und diese Pflicht nicht illusorisch werden, so versteht es sich auch ganz von selbst, daß die Behörde, bei welcher ein solcher Antrag eingebracht wird, diesen bei der darauf zu fassenden Entscheidung vollständig zu erschöpfen hat, sei es nun, daß sie ihm in seinem vollen Umfange stattgiebt, oder sei es, daß sie dem Staatsanwalte durch eine gänzliche oder theilweise Ablehnung des von ihm gestellten Antrags die Füglichkeit gewährt, die dieser Ablehnung zu Grunde liegende Rechtsansicht anzufechten. Indem das BG. zu D. im vorliegenden Falle zwar einen Theil des staatsanwaltschaftlichen Antrags durch Abfassung eines Nachtragserkenntnisses zur Erledigung brachte, dagegen völlig mit Stillschweigen darüber hinwegging, weshalb es letzteres nicht zugleich dem gestellten Antrage gemäß auf die dritte Untersuchungs-

sache erstreckt habe, verhing es eine Nichtigkeit, die zur Cassation des Erkenntnisses führen mußte.

Damit soll selbstverständlich nicht schon ausgesprochen werden, daß das Strafergebniß jener dritten Untersuchungssache dazu geeignet sei, bei Bildung der neuen Gesammtstrafe mit berücksichtigt zu werden, vielmehr wird das BG. nur schlechterdings, dafern letzteres nicht geschehen kann, über die Gründe der Ablehnung des desfallsigen Antrags sich auszusprechen haben. Auch wird es ihm eventuell, wie sich gleichfalls von selbst versteht, gänzlich unbenommen sein, vor Abfassung des anderweiten Nachtragserkenntnisses annoch Schritte zu thun, welche die angeregten Zweifel erledigen, sowie beziehentlich dann, dafern ihm die Berücksichtigung des Antrags fortdauernd bedenklich fällt, dies mittelst eines, noch vor Abfassung des anderweiten Nachtragserkenntnisses abzufassenden einfachen Collegialbeschlusses, gegen welchen dem Staatsanwalte das Rechtsmittel der Beschwerde zustünde, auszusprechen.

10.

Die Untersuchung eines schweren Diebstahls (§. 243 des NDStGB.'s) gehört ohne alle Rücksicht auf die Höhe der zu erwartenden Strafe und zwar auch dann, dafern selbiger nach Maßgabe des §. 247, Abs. 1 des NDStGB.'s nur auf Antrag zu verfolgen sein sollte, vor die Bezirksgerichte (§. 1 sub 1 u. 17; §. 18 sub 6, verbunden mit §. 5 sub 27 der Ausführ.-Verordn. vom 10. Dec. 1870) *).

Verordn. vom 24. März 1871 no. 212/200.

Nach Ausweis der Acten handelt es sich um die Untersuchung eines Diebstahls, den genannter K. nach dem 1. Januar d. J. durch Eröffnung einer verschlossenen Thüre mittels eines zu derselben nicht gehörigen Schlüssels gegen seine Mutter begangen hat, und der mithin, nachdem der nach §. 247 des NDStGB.'s erforderliche Strafantrag, von der Bestohlnen gestellt worden, zweifellos — vgl.

---

*) Vgl. auch N. F. Bd. VII, S. 508 ff.

auch §. 18 sub 6 der Ausführungsverordn. zum NDStGB. vom 10. December 1870 — als ein schwerer Diebstahl nach §. 243 des NDStGB.'s zu bestrafen ist. Daß nun die §. 243 erwähnten schwereren Diebstähle an sich vor das BG. gehören und selbst bei der Annahme mildernder Umstände die Zuständigkeit des Einzelrichters nicht begründen, wird auch von dem BG. L. nicht bestritten, dasselbe glaubt jedoch aus der §. 1 sub 17 der Ausführungsverordnung vom 10. December 1870 bei Erwähnung des Diebstahls erfolgten Bezugnahme auf §. 247 neben dem §. 242 des NDStGB.'s dennoch folgern zu müssen, daß auch schwerere Diebstähle im Sinne des §. 243, wenn sie gegen eine der §. 247 benannten Personen verübt worden, in geringeren Fällen von dem Einzelrichter untersucht werden sollen.

Diese Ansicht würde nur dann gebilligt werden können, wenn in §. 247 des NDStGB.'s für die daselbst aufgeführten Diebstähle besondere Strafvorschriften wie im Art. 302 des RStGB.'s ertheilt worden wären; da dies jedoch nicht der Fall, vielmehr daselbst überhaupt gar nichts weiter bestimmt worden, als daß die fraglichen Diebstähle nur auf Antrag zu verfolgen sind, und dieselben mithin nach erfolgter Stellung eines Strafantrags ganz so wie alle anderen Diebstähle zu behandeln und nach Lage der Sache entweder als einfache nach §. 242, oder als schwerere nach §. 243 des NDStGB.'s zu bestrafen sind, so kann auch die obgedachte Hinweisung auf §. 247 zunächst nur auf die einfachen Diebstähle bezogen und nicht füglich angenommen werden, daß durch dieselbe eine so weit gehende Ausnahmebestimmung in Bezug auf die Competenz zur Untersuchung der schwereren Diebstähle habe getroffen werden sollen.

Nun ist es zwar richtig, daß Diebstähle gegen Angehörige 2c. nach §. 18 sub 6 der Verordnung vom 10. December 1870 insoweit, als sie nicht nach §. 243 des NDStGB.'s zu beurtheilen, der Privatanklage zugewiesen worden und daß es daher, und da nach §. 1 derselben Verordnung sub 1 alle der Privatanklage zugewiesene Vergehen ohnedies vor den Einzelrichter gehören, bezüglich der einfachen Diebstähle dieser Art der Bezugnahme auf §. 247 bei Nr. 17 an sich nicht bedurft hätte, die hieraus gezogene Schlußfol=

gerung, daß dieselbe deshalb nur auf die der Privatanklage mit zugewiesenen schwereren Diebstähle gerichtet sein könne, erscheint aber schon deshalb als eine unhaltbare, weil §. 1 sub 17 auch bei der unmittelbar nach dem Diebstahle erwähnten Unterschlagung auf §. 247 des NDStGB.'s verwiesen worden, die Unterschlagungen in den daselbst erwähnten Fällen aber ebenfalls schon nach §. 1 sub 1 vor den Einzelrichter gehören und ihnen gegenüber weder §. 243 des Bundesstrafgesetzbuchs noch überhaupt eine schwerere Verbrechensform in Frage kommt und dadurch der obenerwähnten Schlußfolgerung ihre Unterlage entzogen wird.

Hätte die Zuständigkeit des Einzelrichters wirklich auch auf die Untersuchung schwererer nach §. 243 des NDStGB.'s zu beurtheilender Diebstähle der in Frage befangenen Art ausgedehnt werden sollen, so würde es um so unerläßlicher gewesen sein, bei Nr. 17 §. 1 der mehrerwähnten Ausführungsverordnung nicht bloß die §§. 242 und 247 anzuziehen, sondern auf §. 247 in Verbindung mit §. 243 ausdrücklich zu verweisen, als die sämmtlichen §. 1 enthaltenen Bestimmungen über die Zuständigkeit des Einzelrichters nach den Eingangsworten überhaupt nur Vergehen und Uebertretungen zum Gegenstande haben, die Untersuchung der Verbrechen dagegen, zu denen auch die nach §. 243 des NDStGB.'s zu bestrafenden schwereren Diebstähle gehören, nach §. 3 der Verordnung ohne Rücksicht darauf, ob sie von Amtswegen oder nur auf Antrag zu verfolgen sind, vor die BG. gewiesen worden, alle nach §. 243 zu beurtheilende Diebstähle endlich nach §. 5 sub 27 ohne Ausnahme und daher unstreitig auch insoweit, als sie nach §. 247 des NDStGB.'s nur auf Antrag zu bestrafen sind, in den schweren Fällen — vgl. §. 6 u. 7 der Verordn. — von den Geschwornengerichten abzuurtheilen sind.

11.

Soweit sich der Schwurgerichtspräsident auf Auskunftsertheilungen der in Abs. 1, 2 und 3 des §. 82 des Geschw.-Verf.-Ges. gedachten Art innerhalb des Berathungszimmers der Geschwornen beschränkt, sind

die desfallsigen Besprechungen nicht protocollarisch zu fixiren.

Erk. vom 21. April 1871 no. 296/285.

Wenn nach Maßgabe von §. 82 des Geschwornen-Verfahren-Gesetzes vom 1. October 1868 der Gerichtshof behufs der Erledigung von Zweifeln, welche bei den Geschwornen entstanden waren, in deren Berathungszimmer sich begiebt, so ist Dasjenige, was nunmehr zwischen dem Gerichtshofe und den Geschwornen in dem Berathungszimmer der Letzteren besprochen wird, und zwar auch dann, wenn hierbei eine sofortige Erledigung der aufgetauchten Zweifel durch den Gerichtshof erfolgt, keineswegs als ein Theil der Hauptverhandlung anzusehen. Nur erst dann, wenn der Präsident nach der Beschaffenheit der den Geschwornen beigegangenen Zweifel es nicht für ausreichend oder nicht für angemessen befindet, die Geschwornen hierunter außerhalb der Verhandlung zu verständigen, wird Dasjenige, was zu Erledigung der entstandenen Zweifel geschieht, zu einem Bestandtheile der Hauptverhandlung gemacht. Denn in diesem Falle findet nach dem Schlußsatze von §. 82 des Geschwornen-Verfahren-Gesetzes die Wiedereröffnung der Verhandlung in dem Sitzungssaale, in welchen sich zu diesem Behufe die Geschwornen zurückbegeben, statt, und es sind nunmehr Staatsanwalt und Vertheidiger befugt, in Bezug auf die hervorgetretenen Zweifel das Wort zu ergreifen. Während übrigens in nurgedachtem Falle das über die aufgetauchten Zweifel Verhandelte selbstverständlich durch das Hauptverhandlungsprotocoll zu constatiren ist, bedarf es, dafern nur in dem Berathungszimmer der Geschwornen zwischen diesen und dem Gerichtshofe eine Besprechung stattgefunden hat, mit Rücksicht darauf, daß letztere einen Theil der Hauptverhandlung nicht bildet, keineswegs der protocollarischen Fixirung des Inhalts dieser Besprechung.

Aus dem Bisherigen folgt, daß der Angeklagte oder dessen Vertheidiger nicht berechtigt ist, Protocollirung des in dem Berathungszimmer der Geschwornen zwischen Letzteren und dem Gerichtshofe Besprochenen zu verlangen, und versteht es sich demnächst von selbst, daß bloße Vermuthungen über den nicht constatirten



Inhalt einer solchen Besprechung keineswegs die Grundlage einer Nichtigkeitsbeschwerde abgeben können.

Civilprozeß und Concurs.

7.

Das Actorium für eine Landgemeinde bedarf neben der Unterschrift des Gemeindevorstandes der Untersiegelung.

II. Sen.-Erk. vom 19. Mai 1870 no. 289 311.

Nach dem, was in §. 38 bei d. und e. verbunden mit §. 52 der Landgemeindeordnung vom 7. November 1838 hinsichtlich der Obliegenheiten und Berechtigungen des Gemeindevorstandes bestimmt worden ist, muß angenommen werden, daß auch das Actorium, welches der Gemeindevorstand Behufs der Legitimation eines zur Vertretung der Gemeinde in rechtlichen Angelegenheiten erwählten Sachwalters ausstellt, zu denjenigen Schriftstücken gehöre, welche unter Beidruckung des Gemeindesiegels zu vollziehen seien, eine Auffassung, welcher der Sächs. Gesetzgeber auch durch die spätere, in §. 9 des Gesetzes, das gerichtliche Verfahren über ganz geringe Civilansprüche betreffend vom 16. Mai 1839 enthaltene, die Vertretung der Gemeinden in ganz geringfügigen Rechtssachen betreffende Vorschrift, besonderen Ausdruck verliehen hat.

8.

Eine gerichtliche, jedoch dem betreffenden Comparenten nicht vorgelesene und von ihm nicht vollzogene Registratur über eine Handlung oder Erklärung desselben ist kein für den Urkundenprozeß benutzbares Document.

II. Sen.-Erk. vom 12. April 1870 no. 187/206.

Die Registatur sub B., wodurch der Rücktritt Beklagtens von dem unter A. zu lesenden Kaufe nachgewiesen werden soll, ist dem

Beklagten gegenüber überhaupt kein für den Urkundenprozeß brauchbares Document, weil sie demselben weder vorgelesen, noch von ihm unterschrieben worden ist. Als ein gerichtliches Zeugniß hat aber diese Registratur ebenfalls keine Beweiskraft, weil gerichtliche Zeugnisse, welche sich nicht auf eigene Amtshandlungen des Ausstellers beschränken, sondern Handlungen und Erklärungen der Betheiligten bestätigen sollen, nur unter der Voraussetzung beweiskräftig sind, daß sie auf genügenden actenmäßigen Unterlagen beruhen, während ein Protocoll, welches den Anforderungen der

Erl.PO. ad tit. II. §. 6

nicht entspricht, weder selbst ein gerichtliches Zeugniß in diesem Sinne ist, noch einem solchen zur Grundlage dienen kann.

9.

Kann der Verpachter beim Concurse Schäden liquidiren, wenn der Vertrag, resp. in Gemäßheit der einschlagenden Gesetze vor Ablauf der Contractszeit nach dem Concursausbruche aufgelöst wird?

II. Sen.-Erk. vom 20. Jan. 1870 no. 1008/955 v. 1869.

Der Gemeinschuldner hat von dem Erblasser der Appellanten seit geraumer Zeit gewisse Fabrikräume nebst einer Wasserkraft ermiethet gehabt und es ist der betreffende Miethvertrag zuletzt unter dem 20. Mai 1865 auf 13 Jahre vom 15. März 1867 ab, also bis zum 15. März 1880 prolongirt, dabei aber ein jährlicher Miethzins von 1250 Thaler, zahlbar in vierteljährigen Raten, festgesetzt worden.

Bei dem Concurse, dessen Eröffnung am 5. Juni 1868 beschlossen worden, hat nun der Erblasser der Appellanten nach Bl. 2 in Verbindung mit Bl. des Liquidat.-Fascik. unter Nr. 8 15,000 Thaler Miethzins, beziehentlich Schadenersatz, sammt Verzugszinsen angemeldet, und zwar:

A. 277 Thaler 23 Ngr. 3 Pfg. rückständigen Miethzins auf die Zeit vom 15. März bis 5. Juni 1868 (als dem Tage der Concurseröffnung) nebst Verzugszinsen von da ab, unter dem Verlangen prioritätischer Befriedigung aus den invectis et illatis,

B. 34 Thaler 21 Ngr. 7 Pfg. Betrag des Miethzinses auf die Zeit vom 5. bis 15. Juni 1868 nebst Verzugszinsen von da an, 312 Thaler 15 Ngr. Miethzins auf die Zeit vom 15. Juni bis 15. September 1868 nebst Verzugszinsen von da ab und so fort bis zum Ablaufe der Contractszeit, so lange der Concurs die Miethe fortsetze, auf jedes Vierteljahr 312 Thaler 15 Ngr. sammt Verzugszinsen von jedes Termins Verfallzeit an, als Masseschuld, endlich

C. eventuell für den Fall, daß der Miethvertrag vor Ablauf der Contractszeit aufgehoben werden sollte, seine Schäden und zwar nach Höhe des Betrags des stipulirten Miethzinses an jährlich 1250 Thaler auf die Zeit von der Pachtauflösung an bis zum Ablaufe der Contractszeit (15. März 1880) oder wenigstens bis zu dem Zeitpunkte, wo er, Liquidant, unter gleichgünstigen Bedingungen anderweit vermiethet haben werde, übrigens ebenfalls unter dem Verlangen prioritätischer Befriedigung aus den invectis et illatis.

Die vorige Instanz aber hat den Erblasser der Appellanten zwar mit

277 Thaler 23 Ngr. 3 Pfg. Miethzins auf die Zeit vom 15. März bis 5. Juni 1868 nebst Verzugszinsen von da ab, als bevorzugten Gläubiger, nicht minder mit

1016 Thaler 22 Ngr. 3 Pfg. Miethzins auf die Zeit vom 5. Juni 1868 bis zum 28. März (Ostern) 1869 nebst Verzugszinsen von den Bl. näher angegebenen Zeitpunkten an als Massegläubiger

angesetzt, dagegen denselben mit dem übrigen Betrage der angemeldeten Forderung gänzlich abgewiesen und wider diese Abweisung ist die gegenwärtig vorliegende Berufung gerichtet.

Das OAG. hat nicht umhin gekonnt, den Ansichten, von welchen die zweite Instanz geleitet worden, beizutreten. Es kann keinem Zweifel unterliegen und es sind auch die Appellanten selbst damit einverstanden, daß die Entscheidung im Wesentlichen lediglich von der Auslegung der in dem geschärften Banqueroutiermandate vom 20. December 1766 unter Nr. 5 am Ende enthaltenen Vorschrift, welche sich übrigens ziemlich gleichlautend schon in dem

Banqueroutiermandate vom 7. Januar 1724 unter Nr. 5 am Ende vorfindet, abhänge.

Nun ist zwar richtig, daß, wenn das geschärfte Banqueroutiermandat an der angezogenen Stelle sagt:

„Wornächst zur Ersparung der Kosten hiermit verordnet wird, daß, da ein Schuldner ein Haus, oder ein Kaufmann ein Gewölbe, oder andere zu seiner Handlung und Wohnung nöthige Behältnisse auf mehrere Jahre gemiethet hätte, bei ereignetem Falliment, die Miethe nicht länger als zu nächstfolgenden Ostern oder Michaelis, und zwar, wenn das Falliment vor Ostern sich zutrüge, sodann die Miethe bis Michaelis, da es aber vor Michaelis geschehen, bis Ostern des künftigen Jahres continuirt werden soll",

hiermit wenigstens direct noch nicht ausgesprochen ist, daß der Vermiether wegen der noch übrigen Contractszeit nicht einmal Entschädigung solle fordern können. Allein bei näherer Betrachtung muß man doch zu der Ueberzeugung gelangen, daß es in der Absicht des Gesetzes gelegen habe, auch jeden Entschädigungsanspruch abzuschneiden.

Denn indem dasselbe festsetzte, es solle, dafern zu des Abmiethers Vermögen der Concurs ausbreche, die Miethe nicht länger als bis zu Michaelis, beziehentlich Ostern fortgesetzt werden, gewährt es selbstverständlich der Gläubigerschaft zugleich das Recht, mit diesem Zeitpunkte von dem Miethvertrage zurückzutreten. Ein Recht aber, von welchem der Berechtigte nicht Gebrauch machen kann, ohne sich Schädenansprüchen auszusetzen, würde überhaupt nicht für ein Recht gelten können. Ja es würde, dafern man annehmen wollte, daß dem Vermiether ein Schädenanspruch verbleibe, die fragliche gesetzliche Bestimmung der Gläubigerschaft weit mehr zum Nachtheile, als zum Vortheile gereichen. Denn sie müßte geschehen lassen, daß der Vermiether auf die von ihr nicht ausgehaltene Contractszeit eine Entschädigung erhalte, ohne doch ihrerseits die Miethlocalitäten benutzen zu dürfen. Hiernächst weisen aber auch schon die Worte:

„zu Ersparung der Kosten"

darauf hin, daß es nicht die Meinung des Gesetzes gewesen sein

könne, dem Vermiether einen Schädenanspruch offen zu halten. Wenigstens würde bei der entgegengesetzten Annahme nicht wohl abzusehen sein, wie die Vorschrift, daß der Concurs Miethverträge nur bis Michaelis, beziehentlich Ostern fortzusetzen habe, überhaupt zur Ersparung von Kosten solle dienen können.

Endlich würde es, wenn man dem Vermiether wegen der vom Concurse nicht ausgehaltenen Miethzeit einen Schädenanspruch hätte vorbehalten wollen, um so gewisser sehr nahe gelegen haben, dies besonders auszusprechen, als die Fassung der gesetzlichen Vorschrift kaum eine andere Deutung, als die zuläßt, daß im Falle des Concurses der Vermiether eine Abkürzung der vertragsmäßigen Miethzeit sich gefallen zu lassen habe, wegen eines Nachtheils aber, welchen Jemand unmittelbar durch ein Gesetz erleidet, ein Schädenanspruch der Natur der Sache nach an sich nicht stattfindet.

Hiernach und da der Einwand Bl., es würde bei der von der vorigen Instanz gewählten Auslegung der angezogenen Vorschrift des Banquerouttiermandats die letztere mit der Vorschrift in der Erl.PO. ad tit. XXXIX. §. 4 im Widerspruche stehen, von selbst als unerheblich sich darstellt, indem diese letztere gesetzliche Bestimmung, ganz zu geschweigen, daß deren Auslegung ebenfalls nicht ohne Zweifel ist, namentlich bei den darin am Schlusse vorkommenden Worten:

„wegen seiner Forderungen"

sehr wohl auch blos an die vorerwähnten pränumerirten Pachtgelder gedacht worden sein kann,

Annalen N. F. Bd. III, S. 306 flg.,

gar nicht den Fall, wenn zu des Abmiethers, sondern vielmehr den Fall, wenn zu des Vermiethers Vermögen Concurs eröffnet worden, vor Augen hat, war auf die Berufung der B.'schen Erben das vorige Urthel gleichfalls zu bestätigen.

Civilrecht.

44.

Ueber die Natur des Vertrages zwischen dem Eigenthümer (Verleger) und dem Redacteur einer Zeitschrift — Gesetzesanalogie? BGB. §§. 25, 26. — Krankheit des Redacteurs als Grund der Unmöglichkeit der Leistung, BGB. §§. 870, 1013, 1235, 1241. — Ist die Redaction eines Tageblattes theilbar oder untheilbar? — Exceptio non rite adimpleti contractus.

II. Sen.-Erk. vom 22. Febr. 1870 no. 70|58 *).

A.

Es beruht außer allem Zweifel, daß auf das Verhältniß zwischen dem Redacteur und Verleger einer Zeitung oder Zeitschrift weder das ADHGB., noch die Gesindeordnung vom 10. Januar 1835, noch das Staatsdienergesetz vom 7. März 1835, noch endlich das Gewerbegesetz vom 15. October 1861 oder die Norddeutsche Gewerbeordnung, Anwendung findet. Alles dies sind Specialgesetze, deren Vorschriften selbst bei den unter dieselben fallenden Rechtsverhältnissen aus den allgemeinen Rechtsprincipien zu erklären und soweit möglich mit diesen in Uebereinstimmung zu bringen, nie aber auf andere Rechtsverhältnisse auszudehnen sind. Insbesondere gilt dies auch von den in jenen Gesetzen aufgeführten Erlöschungsgründen der Verhältnisse zwischen dem Prinzipal und den Handlungsgehülfen, zwischen dem Dienstherrn und dem Gesinde, zwischen dem Staate und dessen Dienern, zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeiter. Denn es ist ein unzweifelhafter Grundsatz, daß die Gesetzes-Analogie in einem Vorschreiten von dem Allgemeinen auf das Besondere, nicht in einem Rückschreiten von dem Besonderen auf das Allgemeine besteht,

§§. 25, 26 des BGB.'s

und dazu

Commentar ed. II, Bd. I, S. 62 flg.

---

*) Bestätigt in IVta.

B.

Das Wesen des Verhältnisses zwischen dem Redacteur und Verleger einer Zeitung oder Zeitschrift zeigt sich bekanntlich darin, daß der Redacteur das für das regelmäßige Erscheinen der Zeitung oder Zeitschrift erforderliche Manuscript herbeizuschaffen, der Verleger dagegen das ihm gelieferte Manuscript zu drucken, buchhändlerisch zu vertreiben und dem Redacteur das versprochene oder in Ermangelung einer Vereinbarung, das übliche Honorar zu bezahlen hat. Die dem Redacteur obliegende Leistung besteht sonach in einer Handlung (in faciendo), nämlich in der Anwendung der geistigen und körperlichen Kraft, welche zu der Herstellung und Ordnung des Manuscripts nöthig ist. Diese Thätigkeit kann nicht den Gegenstand eines Kaufes, d. h. eines Vertrages über die Thätigkeit selbst, sondern nur den Gegenstand der Miethe, d. h. eines Vertrags über den Gebrauch oder die Benutzung derselben bilden.

Siebenhaar, Correalobligationen S. 267 flg., S. 300, insbesondere Not. 2.

Von einem Kaufe läßt sich nur in Beziehung auf das durch die Thätigkeit des Redacteurs hergestellte Product reden, indem bei der Redaction einer Zeitung oder Zeitschrift allerdings die Frage entstehen kann, ob das Eigenthum an der Zeitung oder an der Zeitschrift dem Redacteur oder dem Verleger gehört, Ersterem, als dem Urheber des Inhalts, Letzterem, als dem Urheber der diesen Inhalt darstellenden äußeren Form. Je nachdem man dieses oder jenes annimmt, je nachdem werden sich für das gegenseitige Verhältniß zwischen Redacteur und Verleger verschiedene Folgesätze ergeben. Indessen kann von einer weiteren Verfolgung dieser Frage, auf deren Beantwortung, wie auf der Hand liegt, immer nur die Besonderheiten des concreten Falles von Einfluß sein werden, in der vorliegenden Rechtssache abgesehen werden.

Ist, wie aus dem Vorstehenden hervorgeht, der Vertrag, welchen Redacteur und Verleger über die Redaction einer Zeitung oder Zeitschrift schließen, unter die Kategorie der Miethe (locatio conductio) zu bringen, so schlägt eine Verschiedenheit des römischen und sächsischen Rechtes ein, welche für das Verständniß des Nach-

stehenden nicht ohne alle Bedeutung ist und daher hier kürzlich erwähnt werden mag, zumal es der neueren Doctrin zur Zeit noch nicht hat gelingen wollen, die Aenderung, welche sich insoweit im Rechte vollzogen hat, zu erkennen, in ihrem Grunde zu erfassen, und in einer für die Praxis verwendbaren Weise zu formuliren.

Das römische Recht nämlich kennt unzweifelhaft eine locatio conductio über facta (l. 5, §. 2 D. de praescript. verb.). Die einzelnen Beispiele, welche sich in den Quellen finden, z. B. l. 20, l. 65 D. de contrahend. emt. vend., l. 20 in f. D. locat., §. 4 J. loc., l. 19, §. 7 D. locati, betreffen jedoch blos sogenannte operae illiberales, während, wenn eine Obligation zur Leistung von operis liberalibus begründet worden war, die versprochene oder übliche Gegenleistung nicht mit der actio locati conducti, sondern mit einer s. g. extraordinaria cognitio, gefordert werden konnte. Wie sich von selbst versteht, beruhte diese Unterscheidung nicht etwa auf der Ansicht, daß eine locatio conductio nur über operae illiberales und nie über operae liberales geschlossen werden könnte, sondern auf der Verschiedenheit der prozessualischen Form, in welcher beide Arten der Obligationen gerichtlich geltend gemacht werden konnten und auf der Verschiedenheit der richterlichen Thätigkeit, welche, namentlich soweit es sich um Schätzungen handelte, natürlich eine andere war, wenn operae illiberales abzuschätzen waren, als wenn operae liberales den Gegenstand der Operation gebildet hatten. Nichtsdestoweniger hatte sich unter den neueren Rechtslehrern die Ansicht geltend gemacht, es sei ein Unterschied zu machen zwischen operae illiberales und operae liberales, auf jene seien die Vorschriften über die locatio conductio anwendbar, über diese könnten aber nur Verträge geschlossen werden, deren rechtlicher Charakter nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles zu bestimmen wäre. Das BGB. hat diesem Irrthume ein Ende gemacht, indem es in §. 1230 bestimmt hat, daß es bei dem Dienstvertrage (locatio conductio operarum) keinen Unterschied mache, ob derselbe über mechanische Dienste oder über Leistungen geschlossen werde, welche eine besondere Sachkenntniß, eine Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung erfordern.

Commentar ed. II, Bd. II, S. 286.

C.

Ueber die Frage, welchen Einfluß die zufällige Unmöglichkeit der Leistung bei dem Dienstvertrage habe, enthält das BGB. nachstehende Vorschriften:

Zunächst stellt der §. 870 des BGB.'s das allgemeine Princip auf,

daß wenn eine persönliche Leistung (factum) gegen eine Gegenleistung versprochen und dem Promittenten die Leistung unmöglich geworden ist, der andere Theil von der Gegenleistung frei wird.

Dieses Princip wird in dem §. 1013 des BGB.'s noch weiter ausgeführt, indem darin, nach dem Ausspruche, daß die §§. 1009 bis 1012 (über die Erlöschung der Forderungen wegen Unmöglichkeit der Leistung) auch auf Forderungen aus gegenseitigen Verträgen Anwendung finden, so fortgefahren wird:

Derjenige, bei welchem die Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, kann nur dann die Gegenleistung verlangen und falls er sie empfangen, behalten, wenn nach den Vorschriften in §§. 866 bis 870 der Zufall von dem Andern zu tragen ist; in andern Fällen hat er keinen Anspruch auf die Gegenleistung und muß dieselbe, soweit er sie empfangen, zurückerstatten.

Analysirt man dieses Princip, so ergeben sich nachstehende Sätze:

1) Der Dienstvertrag erlöscht, wenn Demjenigen, welcher die Dienste versprochen hat (dem Dienstleistenden), die Leistung unmöglich geworden ist, mit der Wirkung, daß der andere Theil (der Dienstberechtigte) von der Gegenleistung liberirt wird, und zwar, wie im §. 1010 des BGB.'s gesagt wird, ohne Unterschied, ob der Grund der Unmöglichkeit ein allgemeiner ist oder blos in der Person des Schuldners liegt und ohne Unterschied, ob die Unmöglichkeit durch oder ohne eine Verschuldung eines Dritten herbeigeführt worden ist.

2) Der Erlöschung des Dienstvertrages durch die Unmöglichkeit der Dienstleistung unbeschadet, läßt sich allerdings denken, daß die Vertragschließenden Ansprüche an einander haben können, und zwar

ex culpa oder ex mora, z. B. wenn der Dienstleistende die Unmöglichkeit der Dienstleistung verschuldet hätte oder mit derselben in Verzug gerathen wäre, oder wenn der Dienstberechtigte die Leistung der Dienste gehindert hätte oder sonst in mora accipiendi versetzt worden wäre. Aber dies sind Fragen, welche an dem Satze, daß der Dienstvertrag durch die Unmöglichkeit der versprochenen Dienste aufgehoben werde, Etwas nicht zu ändern vermögen.

3) Ob die Unmöglichkeit der Leistung eine bereits zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene (eine ursprüngliche) oder erst später eingetretene (eine nachfolgende) ist, hat auf die Beurtheilung nur insofern Einfluß, als der Dienstvertrag im ersteren Falle als gar nicht geschlossen gilt, im letzteren Falle aber als erloschen zu betrachten ist. Der Grund, warum bei dem Kaufe über eine Species der Käufer den Zufall sofort von dem Momente des Kaufsabschlusses an zu tragen hat (§. 866 des BGB.'s), liegt darin, daß der Verkäufer von dem angegebenen Zeitpunkte an debitor speciei ist und durch den zufälligen Untergang der geschuldeten Species liberirt wird. Anders verhält es sich mit dem Dienstvertrage, weil nicht über die Dienste, sondern über deren Gebrauch contrahirt wird. Wollte man aber auch in dem Dienstvertrage einen Kauf dann finden, wenn der Zweck desselben dahin geht, daß das Product der Dienste dem Dienstberechtigten gehören soll, so würde doch immer zu berücksichtigen sein, daß dieses Product nicht eine bereits zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene körperliche Sache wäre, vielmehr der angegebene Gesichtspunkt nur dahin führen könnte, daß auf den Dienstvertrag die Vorschriften über den Kauf vertretbarer oder künftiger Sachen oder über den bedingten Kauf (§§. 866, 867, 873) Anwendung finden müßten.

Auf den dirigirenden §. 870 wird im §. 1213 bei der Sachenmiethe und im §. 1235 bei dem Dienstvertrage verwiesen und, wenn im §. 1241 unter den Fällen, in welchen der Dienstberechtigte vor der Zeit von dem Vertrage abgehen kann, unter andern auch der mit aufgeführt wird, wo der Dienstleistende die zu dem Dienste erforderliche Befähigung und Geschicklichkeit verliert, so ist bereits in den Motiven zu dem angegebenen §.,

Commentar ed. II, Bd. II, S. 289,

bemerkt worden, daß dieses aus dem §. 1241 fließende Rücktrittsrecht des Dienstberechtigten neben dem Rechte desselben besteht, den Dienstvertrag wegen Irrthums als gar nicht geschlossen zu betrachten, wenn der Dienstleistende die zu dem Dienste erforderliche Befähigung und Geschicklichkeit schon bei dem Vertragsschlusse nicht gehabt hat.

Uebrigens bedarf es wohl nicht erst der Erwähnung, daß ein Dienstvertrag wegen gleich Anfangs vorhanden gewesener (ursprünglicher) Unmöglichkeit der Dienstleistung für nicht geschlossen zu achten ist und wegen erst während der Dauer des Dienstvertrages eingetretener (nachfolgender) Unmöglichkeit der Dienstleistung erlöscht, ohne daß darauf etwas ankommt, ob besondere Kündigungsfristen vereinbart worden sind oder nicht, indem mit dem Vertrage auch die Kündigungsfristen wegfallen und der Dienstberechtigte an dieselben nicht gebunden ist, sondern den Vertrag als durch die Unmöglichkeit der Dienstleistung erloschen ansehen kann.

D.

Die Parteien sind darüber mit einander einverstanden, daß der Kläger die verantwortliche Redaction des dem Beklagten gehörigen und von demselben herausgegebenen Glauchauer Tageblattes und Anzeigers seit dem 17. September 1865 auf Grund des Contracts besorgt hat. Ebenso herrscht unter den Parteien Einverständniß darüber, daß der Beklagte gegen das Ende des Monats September 1867 für Ende des Monats December 1868 gekündigt hat, sie differiren aber in ihren Angaben insofern, als der Kläger behauptet, es sei diese Kündigung von dem Beklagten zurückgenommen, der Contract also weiter fortgesetzt worden, der Beklagte dagegen dies in Abrede stellt. Indessen kommt es bei der Entscheidung auf diese Differenz nicht mehr an, weil beide vorige Instanzen mit Recht erkannt haben, daß die Leistung des über die der Klage inserirte Replik angetragenen, dem Kläger zurückgegebenen Eides für den weiteren Fortgang des Rechtsstreites präjudiciell sei.

Die Parteien sind jedoch auch noch darüber einverstanden, daß der Kläger in der Zeit vom 20. November 1868 bis gegen Ende December desselben Jahres krank und an der Redaction des

Glauchauer Tageblattes und Anzeigers gänzlich behindert gewesen ist und daß der Beklagte hieraus Veranlassung genommen hat, von dem zwischen ihm und dem Kläger bestehenden Redactionsvertrage zurückzutreten, indem er dem Kläger am 28. December 1868 zu einer Zeit, wo dieser sich noch im Krankenhause befunden, mittelst der Bl. ersichtlichen Zuschrift angezeigt hat, daß er wegen dessen Krankheit über die Redaction seines gedachten Blattes anderweit verfügt, auch davon, daß der Kläger aufgehört habe, Redacteur des Blattes zu sein, der zuständigen Behörde bereits Anzeige gemacht habe. Dagegen gehen die Angaben der Parteien unter a. und b. theils über die Dauer der Krankheit des Klägers, sowie darüber auseinander, ob der Kläger überhaupt noch fähig sei, die Redaction zu besorgen, indem der Kläger fort und fort behauptet, daß er bereits am 28. December 1868 vollständig genesen und zur Wiederaufnahme seiner redactionellen Thätigkeit fähig und bereit gewesen sei, der Beklagte aber die Entlassung des Klägers aus der ärztlichen Behandlung erst auf den 16. Januar 1869 verlegt und selbst rücksichtlich der Zeit nach diesem Tage dem Kläger wenigstens die geistige Fähigkeit zu der Redaction des Glauchauer Tageblattes und Anzeigers bestreitet.

Aus diesem factischen Thatbestande haben sich in dem vorliegenden Prozesse nachstehende Streitfragen zwischen den Parteien ergeben:

1) ob der Kläger das Recht habe, für die Dauer seiner Krankheit, mithin auf die Zeit vom 20. November 1868 bis zum 28. December desselben Jahres den verhältnißmäßigen Theil des vereinbarten jährlichen Honorars zu fordern,

2) ob die angegebene Krankheit des Klägers dem Beklagten das Recht gegeben hat, den Redactionsvertrag wegen in der Person des Klägers eingetretener Unmöglichkeit der Leistung für erloschen anzusehen,

3) welchen Einfluß die Behauptung des Beklagten, daß sich die Krankheit des Klägers bis zum 16. Januar 1869 hingezogen habe, auf die Entscheidung hat, und endlich

4) wie weit das Anführen des Beklagten, es habe der Kläger die zur Redaction des Glauchauer Tageblattes und Anzeigers

erforderliche Fähigkeit gar nicht wieder erlangt, rechtliche Beachtung verdient.

Die drei ersten Fragen stehen insofern in einem Zusammenhange mit einander, als sie von der Beantwortung der Vorfrage abhängen,

ob die Redaction eines täglich erscheinenden Blattes nach den einzelnen Tagen, auf welche dasselbe erscheint, theilbar sei oder nicht.

Wäre nämlich anzunehmen, daß, wenn ein Vertrag über die Redaction auf einen längeren Zeitraum, z. B. auf Wochen, Monate, Jahre, geschlossen worden wäre, die Leistung des Redacteurs in so viele einzelne Abschnitte zerfiele, als der Zeitraum Tage enthielte, so würde die in der Person des Redacteurs eingetretene Unmöglichkeit der Leistung immer nur auf den Tag zu beziehen sein, für welchen sie eingetreten ist. Wäre dagegen anzunehmen, daß die Redaction ein untheilbares Ganze bildete, so würde, wenn der Redacteur auch nur für einen einzelnen Tag an der Besorgung der Redaction gehindert wäre, der Vertrag, ohne Rücksicht auf seine Dauer, für immer erloschen sein. Wenigstens sind dies die beiden Extreme, zwischen welchen eine Menge Zwischenglieder liegen können, z. B. daß nur die für eine bestimmte Zahl von Tagen eingetretene Unmöglichkeit als Erlöschungsgrund des Vertrages gelten kann.

Soviel nun diese Vorfrage betrifft, so läßt sich dieselbe, ohne die Kenntniß der concreten Nebenumstände, nicht beantworten. Die Redaction eines täglich erscheinenden Blattes kann theilbar sein, z. B. wenn sie in einer blos mechanischen Zusammenstellung der eingehenden Anzeigen und Bekanntmachungen besteht. Sie kann aber auch untheilbar sein, z. B. wenn ihre vorzüglichste Bedeutung in den leitenden Artikeln liegt, welche der Redacteur zu liefern hat. Ein allgemeines Princip läßt sich nicht aufstellen. Ob die tägliche Lieferung des Manuscripts eine für sich bestehende Leistung (eine opera) sei, oder ob die Redaction eine zusammengesetzte Leistung (ein opus) bilde, ist eine bloße facti quaestio.

Siebenhaar, Correalobligationen S. 266 flg.

Neben dem Plane des Blattes können locale und selbst persönliche

Verhältnisse entscheidend sein, insbesondere auch insofern, als es darauf ankommen kann, ob im Falle einer Verhinderung des Redacteurs eine andere Person vorhanden ist, welche die Redaction besorgen kann. Namentlich ist es aber auch denkbar, daß die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Redaction von der kürzeren oder längeren Dauer der Behinderung des Redacteurs abhängig sein kann.

Wie sich aus dem Vorstehenden ergiebt, setzt die Beantwortung der Frage, ob die Redaction eines täglich erscheinenden Blattes theilbar oder untheilbar sei und nach welchem Maßstabe im ersteren Falle eine Theilung statt habe, voraus, daß man die Beschaffenheit und den Umfang der Functionen kennt, welche dem Redacteur zufallen. Der beigebrachte Redactionsvertrag, welcher nur im Allgemeinen die Bemerkung enthält, daß das unter dem Titel „Glauchauer Tageblatt und Anzeiger" erscheinende Journal dem Beklagten gehöre, giebt hierüber keine ausreichende Auskunft. Man hat daher in der gegenwärtigen Instanz dem Beklagten nachgelassen, den Beweis seiner unter a. und b. vorgeschützten Ausflüchte auch auf die factischen Voraussetzungen zu richten, von welchen die Frage der Theilbarkeit der dem Kläger, als Redacteur des Blattes, obliegenden Functionen abhängt. Im Wesentlichen liegt hierin nur eine nähere Angabe des Themas des erkannten Ausfluchtsbeweises oder des Zweckes, welchen der Beklagte dabei ins Auge zu fassen hat. Ein ganz neuer Beweis ist es nicht. Namentlich wird es von dem Ermessen des Beklagten abhängen, ob er die für die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Redaction seines Blattes maßgebenden factischen Unterlagen in der Specialität beweisen will, daß die künftige Definitive sich über die Frage der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit aussprechen kann, oder ob er für angemessen hält, die erforderlichen Unterlagen für die künftige Definitive durch Gutachten Sachverständiger zu liefern. Nur soviel mag bemerkt werden, daß nach der dermaligen Lage der Sache die letztere Art der Beweisführung als die zweckmäßigere erscheint.

Nach dieser Vorbemerkung bietet die specielle Beantwortung der oben aufgeführten drei ersten Streitfragen keine Schwierigkeit.

Anlangend die Streitfrage

zu 1)

so handelt es sich, da das Honorar für den Monat November 1868 gar nicht in lite ist, lediglich um das Honorar für den Monat December des gedachten Jahres. Da der Kläger nach seinem eignen Geständnisse in der Klage während des ganzen Monats December 1868 an der Redaction gehindert gewesen ist, so hat er auf das Honorar für diesen Monat keinen Anspruch und zwar ohne Unterschied, ob seine Redactions-Thätigkeit theilbar oder untheilbar ist. Im Uebrigen bezieht man sich auf die Rationen der vorigen Instanz. Wenn der Kläger hiergegen einwendet, es sei in dem vorliegenden Falle darauf ein Gewicht zu legen, daß in dem von ihnen geschlossenen Redactionsvertrage nicht ein Monatsgehalt, sondern ein Jahresgehalt von 300 Thalern mit monatlicher Vorausbezahlung vereinbart worden sei, so ist bereits oben nachgewiesen worden, daß der Unmöglichkeit der Leistung gegenüber die besonderen Vertragsbestimmungen nicht in Betracht kommen und sogar, wenn das Honorar für den Monat December 1868 vorausbezahlt worden wäre, der Beklagte die Rückzahlung desselben mittelst der condictio ob causam datorum zurückzufordern berechtigt wäre.

Zu 2)

Nach dem über die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Redaction Gesagten ist die Frage, ob der Beklagte wegen der durch die Krankheit des Klägers herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung zum Rücktritte von dem Redactionsvertrage berechtigt gewesen sei, namentlich auch insoweit, als es dabei auf die längere oder kürzere Dauer der Krankheit ankommt, eine rein factische Frage, welche nur dann wird entschieden werden können, wenn der Beklagte die dafür maßgebenden besonderen Nebenumstände bewiesen haben wird.

Zu 3)

Diese Frage hat bereits in den Bemerkungen zu 2 ihre Beantwortung erhalten.

Soviel endlich die Streitfrage

zu 4)

betrifft, so steht sie zwar mit den bisher behandelten Fragen nicht

in einem unmittelbaren Zusammenhange, es kann aber nach Denjenigen, was oben über die Unmöglichkeit der Leistung bei der locatio conductio gesagt worden ist, keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte mit dem Beweise seines exceptivischen Vorbringens zu hören ist.

E.

> Wenn die vorige Instanz die Einrede des Beklagten unter c., es sei der Kläger seiner in dem Nachtrage zu dem Redactionsvertrage vom 22. Juli 1865 übernommenen Verpflichtung zur Lieferung von Referaten über gerichtliche Verhandlungen und öffentliche Debatten auch schon vor seiner Krankheit nicht nachgekommen,

nur insoweit für begründet angesehen hat, als der Beklagte die Erstattung seiner Verläge für die Referate Anderer fordert, so stimmt dies, soviel die Vergangenheit anlangt, mit den Ansichten überein, welche in den

> Annalen N. F. Bd. V, S. 452 flg., §. 8,

insbesondere in der Note 24 über die s. g. exceptio non rite adimpleti contractus bei der locatio conductio entwickelt werden, und man kann sich deshalb auf das dort Gesagte beziehen. Soviel dagegen die Zukunft anlangt, so fällt die Behauptung des Beklagten, daß der Kläger außer Stande sei, die versprochenen Referate zu liefern, mit der zum Beweise ausgesetzten Einrede, daß der Kläger die Fähigkeit, der Redaction vorzustehen, nicht habe, zusammen.

45.

Fall der Umwandlung einer über ein fremdes Grundstück kraft servitutischen Rechts führenden hölzernen Röhrleitung in eine steinerne. — Adminiculum servitutis. — Vermögenswerth (BGB. §. 662) nicht erforderlich zu Begründung der Negatorienklage.

II. Sen.-Erk. vom 10. Juni 1870 no. 338/362.

Dem Grunde, aus welchem die vorige Instanz Klägers Suchen, soweit es auf Beseitigung der im Jahre 1866 von Beklagter, neben der älteren hölzernen, unter Anwendung von Stein- oder

Thonröhren neu angelegten Röhrleitung gerichtet, in der angebrachten Maße abgewiesen hat*), vermochte das OAG. nicht beizustimmen, da derselbe in der hier zur Geltung gebrachten Weise, wie auch schon die Stellung des §. 662 des BGB.'s in dem dritten Theile desselben anleitet, zwar für das Recht der Forderungen, nicht aber für das Sachenrecht anwendbar ist.

Da nun die Anlegung einer zweiten Röhrleitung neben einer vom Kläger der Beklagten nicht bestrittenen, seit rechtsverwährter Zeit über Klägers Grundstück vermöge servitutischen Rechtes geführten älteren unzweifelhaft eine Erweiterung und Erschwerung der Servitut enthält, so ist soviel klar, daß Kläger nicht beide Anlagen neben einander zu dulden braucht, und ist es an sich nicht uncorrect, daß Kläger die Beseitigung der neuen Anlage gefordert hat.

Inzwischen kommt doch gerade bei einem Wasserleitungsbefugnisse der hier in Frage stehenden Art in Betracht, daß theils eine Umwandlung einer Wasserleitung mit hölzernen Röhren in eine solche mit steinernen, oder aus einem anderen dauerhafteren Materiale als Holz herzustellenden Röhren an sich im Zweifel nicht als eine Erschwerung der Servitut gelten kann, theils aber eine solche Umwandlung ohne den Zweck der Servitut auf längere Zeit gänzlich zu vereiteln in der Regel nicht bei strenger Festhaltung an dem alten Tracte geschehen, und daß daher nach Befinden ein Verfahren der von Beklagter, anscheinend allerdings ohne Beobachtung aller hierunter einschlagender rechtlicher Gesichtspunkte, eingehaltenen Art unter den Begriff des adminiculi servitutis subsumirt werden kann. Das hat auch Kläger nach seinen Erklärungen Bl. nicht verkannt, indem hiernach sein Einverständniß damit anzunehmen ist, daß seiner Beschwerde im Hauptwerke durch Entfernung eines der beiden längere Zeit von Beklagter gleichzeitig benutzter Röhrenstränge abgeholfen werde. Da er nun sein Petitum auf Beseitigung des neuen Stranges nur dadurch rechtfertigt, daß ihm das Recht, die Beseitigung des alten Stranges pure zu

*) „Daß es dem Kläger an einem vermögensrechtlichen Interesse fehle."

verlangen, nach den Grundsätzen des Servitutenrechtes problematisch erscheint, überdies aber Beklagte, wie sie Bl. zu beabsichtigen und Bl. nunmehr ausgeführt zu haben versichert, die Einziehung der älteren Leitung nach Instandsetzung der neueren bezweckt hat, so hat es zweckmäßig, wie zulässig erscheinen müssen, durch eine der puren Condemnatoria erster Instanz beigefügte Alternative der Beklagten die Möglichkeit zu gewähren, ohne zu große materielle Nachtheile die Folgen ihres mindestens unvorsichtigen Verfahrens zu purgiren. Die Erörterung der hieraus folgenden Sachlage, namentlich auch der Frage, ob die Einziehung der älteren Wasserleitung bereits in angemessener Weise erfolgt ist, fällt bedürfenden Falles dem Executionsstadium anheim und würde sich die Erörterung, nach Befinden unter Gehör Sachverständiger, insbesondere auch damit zu beschäftigen haben, ob im landwirthschaftlichen Interesse der ältere Röhrenstrang gänzlich zu entfernen, oder nur auf geeignetem Wege außer Verbindung mit dem sog. caput fontis gesetzt, ohne Nachtheile für Klägern schlechthin derelinquirt werden dürfe. Möge aber nun auf dem einen oder dem anderen Wege die Röhrleitungsfrage an sich ihre Erledigung finden, so wird wegen Beseitigung der die Oberfläche afficirenden Folgen der betreffenden Bauanlagen, die Condemnatoria Bl. in Wiederherstellung des früheren Zustandes, soweit dies noch nicht geschehen, in Kraft zu treten haben.

46.

Läßt sich das Recht zur Benutzung eines auf des Nachbars Grundstück liegenden Kellers als Grunddienstbarkeit denken? — BGB. §. 535. — Kellerrecht. — BGB. §. 661.

II. Sen.-Erk. vom 30. März 1871 no. 197|203*).

Nach der übereinstimmenden Angabe der Parteien ist der Kläger Eigenthümer eines auf Fol. 9 des Grund- und Hypothekenbuchs für Rabenau eingetragenen Grundstücks. Zu diesem Grundstücke gehört eine Scheune, unter welcher sich der Bl. beschriebene,

*) Bestätigt durch III. Sen.-Erk. vom 24. Juni 1871 no. 57/57.

an Beklagtens Grundstück angrenzende Keller befindet. Der Beklagte beansprucht auf Grund der Ersitzung das Recht, diesen Keller zur Aufbewahrung der landwirthschaftlichen Producte seines Grundstückes ausschließlich zu benutzen, indem er sich darauf bezieht, daß derselbe seit dem Jahre 1746 von den Besitzern dieses Grundstücks zu dem gedachten Zwecke ausschließlich benutzt worden sei.

In den beiden vorigen Instanzen hat man dieses Anführen für geeignet erachtet, eine Ausflucht zu begründen, deren Beweis dem Beklagten nicht zu versagen sei. Dieser Ansicht hat sich jedoch das OAG. nicht anschließen können.

Der Beklagte scheint, wie in den Gründen des ersten Erkenntnisses nicht mit Unrecht bemerkt wird, nicht ganz im Klaren darüber gewesen zu sein, welches Recht er auf Grund der von ihm angeführten Thatsachen zu behaupten habe. Indessen geht doch aus seinen Aeußerungen Bl. und daraus, daß er die Benutzung des Kellers für die Zwecke seines Grundstücks besonders hervorhebt, und die Füglichkeit einer solchen durch specielle Angaben über die wirthschaftlichen Verhältnisse des letzteren darzulegen gesucht hat, hervor, daß er diesem Rechte die Eigenschaft einer Grunddienstbarkeit beilegen will.

Der Gegenstand einer solchen kann aber die vom Beklagten beschriebene Benutzung eines auf fremdem Boden befindlichen Gebäudes nicht sein. Zwar ist es richtig, daß, wie nach gemeinem Rechte, so auch nach den Vorschriften des BGB.'s (§§. 535, 540) jede Art der Nutzung, welche ein Grundstück dem andern gewährt, geeignet ist, den Gegenstand einer Grunddienstbarkeit zu bilden (vergl. §§. 520, 521, 540 des BGB.'s). Es dürfen aber bei der Anwendung dieser Regel im einzelnen Falle, die Grenzen nicht übersehen werden, welche derselben durch den Begriff und das Wesen der Grunddienstbarkeit gezogen und im BGB. §. 540 übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte durch die Worte, welche ein Grundstück dem andern zu gewähren geeignet ist, bezeichnet worden sind. Das Wesen einer Grunddienstbarkeit besteht nämlich auch nach der Vorstellung der römischen Juristen darin, daß die natürlichen Eigenschaften des dienenden Grundstücks einer fremden Herrschaft unterworfen, und dadurch mit dem herrschenden Grundstücke

gleichsam verbunden werden. Durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit wird ein Zustand (habitus) des herrschenden Grundstücks herbeigeführt, welcher die Person des Eigenthümers nur deshalb berührt, weil dadurch das Grundstück als Vermögensobject einen größeren Werth in sich selbst erlangt,

l. 86 D. de V. S. 50, 16:

quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo.

l. 12 D. quemadmod. serv. amitt. 8, 6:

qui fundum alienum bona fide emit, itinere, quod ei fundo debetur, usus est, retinetur id jus itineris, atque etiam si precario vel vi dejecto domino possidet; fundus enim, qualiter se habens, cum in suo habitu possessus est, jus non deperit.

l. 5, §. 9 D. de O. N. N. 39, 1.

Siebenhaar, Correalobligationen §. 49, S. 191.

Commentar zu §§. 520, 535 des BGB.'s Bd. I, S. 430, 436, Ausg. II.

Hieraus folgt, daß die Erwerbung einer Grunddienstbarkeit nur dann möglich ist, wenn ein Grundstück solche natürliche Eigenschaften besitzt, welche von dem Eigenthümer eines anderen Grundstücks für die Zwecke dieses Grundstücks selbst so benutzt werden können, daß sie sich als natürliche Eigenschaften des letzteren denken lassen. Innerhalb dieser, durch den Begriff der Prädialservitut im römischen und sächsischen Rechte gebotenen Grenze kommt für die Möglichkeit einer Grunddienstbarkeit darauf nichts an, welche Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks dadurch befriedigt oder welcher sonstige Vortheil demselben dadurch gewährt wird.

Im vorliegenden Falle handelt es sich, wie bemerkt, um die Benutzung eines fremden Kellers, mithin eines auf fremdem Grund und Boden errichteten Bauwerks. Ebensowenig als (vgl. §. 540) die Benutzung eines fremden Gebäudes für Wohnungszwecke Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein kann, weil das Recht, ein solches zu benutzen, sich niemals als die natürliche Eigenschaft eines Grundstücks denken läßt, kann auch die Benutzung eines fremden, nicht zur Wohnung bestimmten Gebäudes zu andern Zwecken, den Inhalt einer Grunddienstbarkeit ausmachen. Die Behauptung des

Beklagten, daß der Keller zur Aufbewahrung landwirthschaftlicher, auf seinem Grundstücke erzeugter Producte benutzt worden sei, scheint auf den ersten Anblick etwas für sich zu haben, und auch in der l. 3, § 1 D. de S. P. R. einige Unterstützung zu finden.

Allein bei näherer Prüfung hat man auch hierauf kein besonderes Gewicht legen können. Die ebenerwähnte Gesetzstelle bezieht sich nur auf das Befugniß, Feldfrüchte auf dem Nachbargrundstücke anzusammeln, welches unter Umständen allerdings Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein kann, insofern es nämlich zur Vollendung der Erntearbeiten mitzurechnen ist. Der Besitz eines zur Aufbewahrung und Erhaltung der bereits abgebrachten und vom Felde weggeschafften Früchte geeigneten Raumes dagegen kann zwar für den Eigenthümer eines landwirthschaftlichen Grundstücks nöthig sein, es gereicht aber die Benutzung eines fremden Gebäudes zu diesem Zwecke nicht zum Nützen des fruchtbringenden Grundstücks, welches diese Eigenschaft behält, es mag aus den erhobenen Früchten werden was will, sondern lediglich zum Besten Desjenigen, welcher die erhobenen Früchte weiter verbrauchen oder verwerthen will. Der mittelbare Einfluß, welchen der Besitz aller, zu einer zweckmäßigen Art und Weise der Bewirthschaftung dienenden Hülfsmittel auf den wirthschaftlichen Zustand des Grundstücks zu äußern vermag, muß hier ganz unberücksichtigt bleiben. Denn die Art und Weise, wie die natürlichen Kräfte und Eigenschaften eines Grundstücks benutzt und ausgebeutet werden, hängt von dem Willen des Eigenthümers und den Hülfsmitteln ab, welche ihm für seine Person zu Gebote stehen.

Die Annalen Bd. III, S. 487 mitgetheilte Entscheidung des OAG.'s enthält keine mit diesen Grundsätzen in Widerspruch stehende Aeußerung, am wenigsten aber den Ausspruch, daß die Benutzung eines fremden Gebäudes Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sei, wenn darin die auf dem herrschenden Grundstücke erzeugten Früchte aufbewahrt würden. Im Gegentheile beruht diese Entscheidung auf denselben Principien, auf die sich auch die vorliegende gründet.

Denn principiell ist es ganz gleichgültig, von welcher Beschaffenheit die aufzubewahrenden Gegenstände sind, oder zu welchem Gebrauche sie dienen. Für ein zur Wohnung bestimmtes und ein-

gerichtetes Gebäudegrundstück ist ein zur Aufbewahrung und Erhaltung hauswirthschaftlicher Gegenstände geeigneter Raum für die Bewohner des letzteren ebenso nöthig oder vortheilhaft, wie für den Landwirth ein Behältniß, worin er für die Zwecke der Haus- und Landwirthschaft verwendbare Vorräthe bergen kann. Demungeachtet kann das Recht, ein fremdes Gebäude hierfür zu benutzen, in keinem von beiden Fällen Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, weil die Ausübung desselben in einem wie in dem anderen Falle nicht für ein Grundstück, sondern nur zu Erreichung persönlicher Zwecke des Eigenthümers oder dritter Personen erfolgt.

Wie schon erwähnt, kann die Benutzung des Nachbargrundstücks bei der Einsammlung der Früchte Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, wenn und insoweit dieselbe zur Bewirthschaftung des herrschenden Grundstücks nöthig oder förderlich ist. In der Regel aber gehört die Aufbewahrung der bereits abgebrachten und eingeernteten Früchte zwar zum Betriebe der Wirthschaft, aber nicht zu der Benutzung der natürlichen Eigenschaften eines fruchtbringenden Grundstücks. Die bereits erhobenen Früchte sind nicht mehr Bestandtheile des Grund und Bodens, sondern bewegliche, im Eigenthume einer bestimmten Person befindliche Sachen. Für solche Sachen ist das Bestehen einer Grunddienstbarkeit unmöglich, es ist also nur die Person des Eigenthümers, für welche der Besitz und die Benutzung eines zur Aufbewahrung und Erhaltung geeigneten Raumes von Interesse ist. Es muß genau unterschieden werden zwischen dem, was ein Grundstück dem anderen vermöge der Lage und der natürlichen Beschaffenheit beider Grundstücke leisten kann, wenn man sich die natürlichen Eigenschaften des ersteren mit denen des letzteren vereinigt denkt, und dem, was der Eigenthümer eines Grundstücks für seine Person und mit Hülfe besonderer Mittel leisten kann und leisten muß, um die Vortheile zu ziehen, welche das Grundstück selbst zu gewähren vermag.

Aus diesen Gründen hat man das Anführen des Beklagten, soweit damit das Bestehen einer Grunddienstbarkeit behauptet werden soll, für unschlüssig erachten müssen. Es läßt sich aber auch ein anderer Gesichtspunkt für dessen Beachtlichkeit nicht auffinden.

Der Beklagte nennt das beanspruchte Befugniß in der Refu-

tationsschrift ein Kellerrecht, auf welches er auch Bl. nochmals zukommt. Soll damit das an die Stelle der römischen Superficies getretene (§. 661 des BGB.'s erwähnte) Recht bezeichnet werden, so ist nur zu gedenken, daß nach den Bemerkungen Bl. dem Beklagten der Begriff des Bau- und Kellerrechtes, wie ihn das BGB. festgestellt hat, noch nicht zugänglich gewesen zu sein scheint. Was von der römischen Superficies im BGB. unter der soeben erwähnten Bezeichnung beibehalten worden ist, besteht in einem erwerblichen und veräußerlichen Rechte an einer fremden Sache, welches nur durch Eintragung in das Grundbuch entstehen kann, und weder eine persönliche noch eine Grunddienstbarkeit ist.

Siebenhaar, Commentar zu §. 661, Bd. I, S. 489 flg.

Aber auch die römische Superficies hat sich zu einem ganz selbstständigen Rechtsinstitute herangebildet und begreift ein jus in re aliena, welches weder zu den persönlichen noch zu den Prädialservituten gehört und sich von diesen dadurch wesentlich unterscheidet, daß es einerseits niemals einem Grundstücke, sondern stets nur einer Person zustehen kann, andererseits aber auch nicht an die Person des Superficiar gebunden ist.

Ob nach bisherigem Rechte, welches im vorliegenden Falle, insoweit noch anwendbar sein würde, ein superficiarisches Recht durch Ersitzung erworben werden konnte, ist streitig. Wollte man dies aber auch annehmen und zugeben, daß bei dieser Ersitzung eine accessio possessionis stattfinde, so würde der Beklagte sich doch gegenüber dem Kläger nicht mit Erfolg auf ein durch Ersitzung begründetes Recht beziehen können. Denn die superficies gehört unter diejenigen dinglichen Rechte, welche nach dem Gesetze vom 6. November 1843,

Heyne, Commentar, Cap. I, S. 74 und II, 177,
Siegmann, Grund- und Hypothekenrecht S. 60,

bei der Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher ein besonderes Folium erhalten und deren Bestehen namentlich auch auf dem Folium der area verlautbart werden mußte, wenn das superficiarische Recht gegen einen dritten im guten Glauben befindlichen Eigenthümer des Grund und Bodens wirksam sein sollte.

Der Kläger hat sein Grundstück erst im Jahre 1860 erworben,

und der Beklagte sich nicht darauf bezogen, daß die erforderlichen Einträge im Grundbuche enthalten seien oder Kläger sich bei der Erwerbung seines Grundstücks in unredlichem Glauben befunden habe.

Als Gegenstand einer persönlichen Dienstbarkeit (servitus usus) ließe sich die beanspruchte Benutzung des klägerischen Kellers wohl denken und nach bisherigem Rechte hätte eine solche (der herrschenden Meinung zufolge) auch durch Ersitzung erworben werden können. Allein, da die persönlichen Servituten an die Person des Berechtigten gebunden sind, so hätte Beklagter eine solche im Wege der Ersitzung nur in dem Falle, wenn er die Ersitzung selbst begonnen und vollendet, erwerben können. Der Beklagte besitzt aber erst seit dem Jahre 1846. Dazu kommt aber noch, daß schon nach §. 167 des Gesetzes vom 6. November 1843 die persönlichen Dienstbarkeiten des Nießbrauchs oder Gebrauchs an einem Grundstücke nur dann, wenn sie als Dispositionsbeschränkungen im Grundbuche eingetragen worden, gegen den im guten Glauben befindlichen dritten Eigenthümer des dienenden Grundstücks geltend gemacht werden konnten.

Die Darstellung des Beklagten könnte schließlich noch zu der Frage Veranlassung geben, ob derselbe sich etwa darauf zu beziehen vermocht hätte, daß bei der erwähnten Theilung mit einem Theile des auf den bisher ungetheilten Grundstücken befindlichen Wohnhauses auch ein räumlich gesonderter Theil des darunter liegenden Kellers an den damaligen Erwerber des ihm gegenwärtig zugehörigen Grundstücks veräußert worden sei. Allein der Beklagte hat nirgends behauptet, daß die Flurparzelle, auf welcher sich die Scheune Klägers und der streitige Keller befindet, auf dem Folium seines Grundstücks eingetragen sei, im Gegentheile hat er, wie schon erwähnt, die Angabe des Klägers, daß die Scheune zu Klägers Grundstück Fol. 9 gehöre und der darunter befindliche Keller an sein Hausgrundstück angrenze, zugestanden, es ist also die Annahme vollständig berechtigt, daß die betreffende Flurparzelle auf Klägers Folium eingetragen sei und Beklagter ein Eigenthum des Klägers an dem Keller als Bestandtheil des Grundstücks Fol. 9 nicht bestreiten wolle.

Nach alledem konnte mit Beachtung der Zugeständnisse eine Verurtheilung des Beklagten, bei der man nur das Petitum in

einer dem Sachverhältnisse angemessenen Weise zu modificiren hatte, in der Hauptsache nicht ausbleiben.

47.

Vertretungspflicht richterlicher Beamten in Bezug auf durch grobe Fahrlässigkeit einem Unmündigen zugezogenen Schaden. — BGB. §. 1506 jct. 688 und 781.

II. Sen.-Erk. vom 24. Juni 1870 no. 384/404*).

Nach Beklagtens Ansicht soll ihm die Bestimmung in §. 688 des BGB.'s insofern zu statten kommen, als Kläger während seiner Minderjährigkeit — welche am 15. Juli 1866 ihre Endschaft erreichte — durch einen Vormund vertreten gewesen und von dem Letzteren nichts geschehen sei, um den Eintrag des dem Kläger wegen seines mütterlichen Erbtheiles vertragsmäßig bestellten Pfandrechtes in dem Grund- und Hypothekenbuche bei der zuständigen Behörde in Erinnerung zu bringen. Diese Ansicht ist jedoch eine unhaltbare. Man kann die von der zweiten Instanz verneinend beantwortete Frage, ob in dem Falle, wenn dem früheren Vormunde Klägers in der angegebenen Beziehung eine Verschuldung wirklich beizumessen wäre, hieraus für den Beklagten ein Befreiungsgrund, rücksichtlich des in der Klage verfolgten Schädenanspruchs ohne Weiteres ableitbar und die Haftung für den von dem Kläger erlittenen Vermögensverlust nunmehr ausschließlich dessen Vormunde aufzubürden sein würde, unter den hier obwaltenden Umständen dahin gestellt sein lassen. Denn eine unter die angezogene Gesetzstelle zu subsumirende Verschuldung liegt auf Seiten des Vormunds in der That gar nicht vor. Derselbe durfte mit voller Zuversicht darauf rechnen, daß die Grund- und Hypothekenbehörde, eingedenk der ausdrücklichen Vorschrift in §. 95 der Verordnung vom 9. Januar 1865

*) Bei der Nachlaßregulirung hatte der Vater die Sicherstellung des dem unmündigen Sohne zugefallenen mütterlichen Erbtheils durch Hypothek an seinem Grundstücke übernommen. Der diesfallsige Eintrag war zwar resolvirt, jedoch in Folge vorzeitiger Löschung einer Registrandennummer nicht eher bewirkt worden, als nachdem andere Gläubiger des Vaters der Sicherheit des Muttertheiles präjudicirliche Einträge erlangt hatten.

und im Hinblick auf die Wichtigkeit einer ungesäumten Regulirung der betreffenden Angelegenheit, seinem Auftrage wegen Verlautbarung des erwähnten Pfandrechtes auf dem bezüglichen Grundfolium, nachdem zu der getroffenen Erbvereinigung das obervormundschaftliche Decret hinzugetreten war, ohne Verzug entsprechen werde. Er hatte deshalb auch keine Veranlassung, darüber, ob diese Verlautbarung gehörig erfolgt sei, einige Zeit nach der über die Decretsertheilung ihm zugegangenen Notification sich noch speciell zu erkundigen und zu vergewissern, um nach Befinden jenen Antrag zu erneuern und auf dessen unverweilte Erledigung zu dringen. Vielmehr konnte derselbe, da er keine Bescheidung der Grund- und Hypothekenbehörde über ein dem Eintrage der Hypothek entgegenstehendes Hinderniß erhalten hatte, bei der vorbemerkten Notification im Vertrauen auf eine ordnungsmäßige weitere Geschäftsbehandlung Seiten der gedachten Behörde unbedenklich Beruhigung fassen. Eine Vernachlässigung derjenigen Sorgfalt, welche ein ordentlicher und aufmerksamer Hausvater anzuwenden pflegt, ist demnach in der Unterlassung einer besonderen Nachfrage über den einschlagenden Sachstand keineswegs zu erblicken. Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, der Vormund habe sich dadurch, daß ihm ein Hypothekenbrief nicht zugestellt wurde, zu näherer Erörterung der Sachlage bestimmt finden sollen. Denn das Ausbleiben dieser Urkunde war noch keineswegs geeignet, die Besorgniß hervorzurufen, daß der Hypothekeneintrag selbst ganz außer Acht geblieben sei. Höchstens konnte dadurch die Vermuthung erweckt werden, daß der Hypothekenrichter die Ausfertigung der fraglichen Urkunde verzögert habe, und da die letztere nur als Beweismittel von Bedeutung, überdies, wie auch schon von der zweiten Instanz bemerkt worden, möglicherweise der obervormundschaftlichen Behörde unmittelbar übergeben war, so durfte der Vormund, ohne sich dem Vorwurf einer Fahrlässigkeit auszusetzen, auch in dieser Richtung von weiteren Nachforschungen im Interesse seines Pflegebefohlenen Umgang nehmen.

Dazu kommt noch, daß der Zeitpunkt, zu welchem der Vormund derartige Nachforschungen etwa hätten anstellen sollen, nicht füglich sich genau fixiren lassen würde, ein Moment, das insofern

von Wichtigkeit erscheint, als die hypothekarischen Forderungen, mit denen das hier in Rede stehende Grundstück in dem beinahe 1 3/4 Jahre umfassenden Zeitraume zwischen dem Anbringen des Gesuches um Verlautbarung der dem Kläger eingeräumten Hypothek und der Vornahme dieser Verlautbarung Inhalts des Folienextractes sub C. belastet worden ist, zum Theil alsbald nach jenem Anbringen zur Anmeldung und Eintragung gelangt sind. Inwieweit daher der dem Kläger zugefügte Schaden durch eine besondere Thätigkeit des Vormundes in der oben bezeichneten Richtung überhaupt abzuwenden gewesen wäre, würde nur im Wege einer Berechnung ermittelt werden können, für welche es dem Obigen zufolge an einer festen Unterlage fehlt.

Daß die factischen Voraussetzungen für die Anwendung der Schlußbestimmung in §. 1506 des BGB.'s hier gänzlich zu vermissen sind, braucht nicht näher dargelegt zu werden, und das auf die vorbesprochenen Einwendungen gestützte Verlangen einer Klagabweisung erscheint somit allenthalben als unbegründet.

Anlangend das exceptivische Vorbringen des Beklagten, so geht aus dessen Sachdarstellung in dem Einlassungssatze unzweideutig hervor, daß der dort genannte Beamte durch die Löschung einer Registrandennummer, welche in einem wesentlichen Theile noch nicht expedirt war, einer groben Fahrlässigkeit sich schuldig gemacht hat. Wenn der Beklagte solches neuerlich unter der Behauptung zu bestreiten versucht, daß die bezügliche Resolution für drei verschiedene Beamte bestimmt gewesen sei, mithin die Löschungsbemerkung des einen dieser Beamten nur auf denjenigen Theil der Resolution, dessen Expedirung derselbe für seine Person zu besorgen gehabt, sich beschränkt habe, so entbehrt jene materiell jeder Relevanz, da die unvollständige Erledigung der Resolution nach der Natur der Sache immerhin auf eine dem einen oder anderen Beamten zur Last fallende grobe Pflichtvernachlässigung so lange zurückzuführen ist, bis das Gegentheil gehörig vorgeschützt und dargethan wird.

48.

Fall einer zurückgewiesenen Syndicatsklage — BGB. §. 1506.

II. Sen.-Erk. vom 19. Mai 1870 no. 317|314.

Das OAG. hat bei nochmaliger Erwägung der Sache der Ansicht der vorigen Instanz, daß aus den bereits referirten Vorgängen eine grobe Fahrlässigkeit des vormaligen Just.-Amts F. noch nicht zu entnehmen sei, sich anzuschließen gehabt. Hierauf allein aber kommt es zunächst und abgesehen von der Frage, ob Kläger durch das Verfahren des gedachten Gerichts gegenwärtig bereits einen Schaden überhaupt erlitten habe und auf wie hoch derselbe etwa zu beziffern sei, bei Beurtheilung der Schlüssigkeit der erhobenen Klage an, indem, wie auch schon in den vorigen Instanzen mit Recht angenommen worden, nur das Vorhandensein einer groben Verschuldung des genannten Gerichts den Beklagten als ersatzpflichtig erscheinen lassen könnte.

Die Verwaltung der Concursmasse und namentlich auch die Befriedigung derjenigen Massegläubiger, welche zu der Masse durch ein mit ihr selbst abgeschlossenes Rechtsgeschäft in ein Obligationsverhältniß getreten sind, gehört zunächst zu den Obliegenheiten des Gütervertreters. Der Letztere steht nun zwar hierbei unter der steten Aufsicht des Concursgerichts und es hat das Letztere nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, den Gütervertreter in seinem Gebahren mit der Concursmasse zu überwachen und da, wo es nöthig ist, denselben zur sorgfältigen Erfüllung seiner Obliegenheiten anzuhalten. Allein hieraus folgt immer noch nicht, daß jedes Versehen oder jedes Unterlassen, dessen der Gütervertreter in Betreff der ordnungsmäßigen Verwaltung der Masse sich schuldig macht, dem Concursgericht ohne Weiteres als ein grober Verstoß gegen seine Beaufsichtigungspflicht zur Last zu legen sei, es wird vielmehr die Beantwortung der Frage, ob das Concursgericht auch seinerseits eine Verschuldung verhangen habe und die Abmessung des Grades dieser Verschuldung in jedem einzelnen Falle von den einschlagenden thatsächlichen Umständen abhängig zu machen sein.

Im vorliegenden Falle besteht die dem Concursgericht beigemessene Verschuldung darin, daß es mit der Vertheilung und bez. der Ausschüttung der vorhandenen Masse verfahren ist, ohne sich zuvor darüber zu vergewissern, daß der Kläger wegen der ihm gegen die Masse zustehenden Kaufgelderforderung befriedigt sei. Will man nun auch nicht bestreiten, daß das Just.-Amt F., da der von dem Gütervertreter mit dem Kläger abgeschlossene Kaufvertrag actenkundig war, bei Abfassung des Vertheilungsbescheids zu der Frage gelangen konnte, wie es mit der Erfüllung jenes Kaufvertrags stehe und ob dem Kläger etwa noch ein Kaufgelderanspruch gegen die Masse zukomme, so steht dem genannten Gericht in Ansehung der Unterlassung weiterer Erörterungen nach dieser Richtung hin und in Betreff des Außerachtlassens der hier in Rede stehenden Kaufgelderforderung überhaupt, der schon in voriger Instanz hauptsächlich hervorgehobene Umstand entschuldigend zur Seite, daß Kläger selbst seit der im April 1863 bewirkten Kaufsvollziehung bis zur Ausschüttung der Masse gänzlich stillschwieg und die Auszahlung der ihm zu gewährenden Kaufgelder in keiner Weise in Anregung brachte. Denn ohne diese vollständige Unthätigkeit des Klägers selbst wäre, wie man mit Grund voraussetzen kann, bei Abfassung des Vertheilungsbescheids das erwähnte Versehen schwerlich vorgekommen, während bei dem fortgesetzten Stillschweigen Klägers dem Concursgericht bis dahin keine Veranlassung gegeben worden war, das ihm zustehende Aufsichtsrecht bezüglich des von dem Gütervertreter dem Kläger gegenüber eingehaltenen Verfahrens auszuüben.

Nun hat zwar Kläger in der erhobenen Klage sein passives Verhalten damit zu erklären gesucht, daß er geglaubt habe, sein Geld stehe sicher, daß ihm ferner von dem Gütervertreter versichert worden sei, er werde den Kaufpreis aus der Masse erhalten und das Just.-Amt F. werde alles Weitere besorgen, sowie endlich, daß er den schleppenden Geschäftsgang bei gedachtem Gericht gekannt habe. Allein, ganz abgesehen davon, ob diese Momente überhaupt geeignet gewesen wären, ihn zu bewegen, um seine Angelegenheiten sich in so langer Zeit gar nicht zu kümmern, so konnten dieselben doch unter allen Umständen nicht dazu beitragen, um das von dem Just.-Amt F. verhangene Versehen in einem ungünstigen Lichte er-

scheinen zu lassen und die Annahme zu begründen, es falle genannter Behörde unter den obwaltenden Verhältnissen eine grobe Verschuldung zur Last.

49.

Ueber die civilrechtliche Pflicht zur Vorzeigung von Urkunden — BGB. §. 1566 *).

II. Sen.-Erk. vom 2. Juli 1869 no. 433|437.

Nach seinen Zugeständnissen ist Beklagter im Monat Februar 1866 in das bis dahin vom Kläger allein betriebene Bleichereigeschäft als Gesellschafter eingetreten und hat nach seinem Eintritte ein auf das Societätsgeschäft bezügliches Buch geführt. Letztbemerkter Umstand tritt speciell in der Bemerkung, es seien darin die für Klägern gemachten Auslagen und Verläge aufgezeichnet, hervor, wenn man damit verbindet, daß die zum Geschäftsbetriebe erforderlichen Geldmittel ausschließlich vom Beklagten zu gewähren waren und auch nur aus dessen Casse gewährt worden sind. Ob die betreffenden Einträge vom Beklagten in ein ihm zugehöriges und zu seinem früheren Geschäfte als Geschäftsbuch benutztes Buch gemacht worden sind, bleibt einflußlos, da der Anspruch nicht auf Klägers Eigenthum oder Miteigenthum an dem streitigen Buche gestützt, auch nicht auf Herausgabe, sondern blos auf Vorzeigung desselben behufs der Einsichtnahme gerichtet ist. Es genügt, daß dasselbe als eine gemeinschaftliche Urkunde im Sinne der Erl. PO. ad tit. XXVI, §. 1, d. h. als eine solche, an welche Kläger eines gewissen Interesse halber Anspruch hat, oder, wie die Bestimmung in §. 1566 des BGB.'s es ausdrückt, welche ein den Kläger berührendes Rechtsverhältniß betrifft, zu bezeichnen ist, was nach dem oben Bemerkten selbst dann keinem Zweifel unterliegen würde, wenn die Behauptung Klägers, es habe der Beklagte dem Societätsvertrage gemäß die Buchführung und Einnahme und Ausgabe zu besorgen gehabt, der offenbar ausweichenden Herauslassung in der Anmerkung zu Einl.-Pkt. 26 gegenüber, nicht für zugestanden erachtet werden könnte. Steht aber das Interesse Klägers an der

*) Vergl. auch HGB. Art. 145, 1 alinea.

Vorzeigung des streitigen Geschäftsbuchs fest, so ist auch Beklagter nicht befugt, sich derselben durch das bloße Anführen zu entziehen, daß er lediglich für sich, zu seinem ausschließlichen Gebrauche Notizen in dasselbe gemacht habe. In dem Gegenstande der Aufzeichnungen, welcher unläugbar die gemeinschaftliche Geschäftsführung betrifft, ist für diese Behauptung kein Anhalt geboten, und es kann daher auf die bloße Absicht, von welcher Beklagter bei jenen Aufzeichnungen möglicher Weise ausgegangen ist, um so weniger Gewicht gelegt werden, als es an jeder thatsächlichen Unterlage dafür fehlt, daß diese Absicht irgend wie zum Ausdrucke gelangt und für den Kläger erkennbar, beziehentlich bindend geworden sei. Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts (l. 3. §. 11. 13 D. ad exhibend.), deren analoge Anwendung in der hier fraglichen Beziehung mit den Vorschriften des BGB.'s §. 1565 flg. weder dem Wortlaute noch dem Geiste nach im Widerspruche steht, ist bei Beurtheilung sowohl des Interesse Klägers an der geforderten Exhibition als der von dem Beklagten dawider erhobenen Einwendungen wesentlich das richterliche Ermessen maßgebend; der Richter hat unter pflichtmäßiger Erwägung der Umstände darüber zu cognosciren, an justam et probabilem causam habeat actor, propter quam exhiberi sibi desideret, ebenso die etwaigen Exceptionen zu prüfen, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi, si obscurior, vel quae habeat altiorem quaestionem, differendam in directum judicium, re exhiberi jussa. Nur über gewisse Exceptionen, als pacti conventi, doli mali, jurisjurandi, rei judicatae soll sofort entschieden werden. Von dem Standpunkte des pflichtmäßigen richterlichen Ermessens aus erscheint aber der oben erwähnte Einwand des Beklagten unbeachtlich; denn die Widerrechtlichkeit oder Unbilligkeit des klägerischen Verlangens ist dadurch keineswegs zur Evidenz gebracht, im Gegentheile hat Beklagter die thatsächliche Unterlage seines Widerspruchs ganz im Dunkeln gelassen.

50.

Ueber die Form der eheweiblichen Verbürgung — BGB. §. 1650.

II. Sen.-Erk. vom 16. Decbr. 1869 no. 864|862 *).

In beiden vorigen Instanzen hat man geglaubt, die erhobene Executivklage um deswillen in der angebrachten Maße abweisen zu müssen, weil die der Beklagten nach dem Protokolle (Urkunde B.) zu Theil gewordene amtliche Belehrung der Formvorschrift in §. 1650 des BGB.'s nicht entspreche.

Mit dieser Ansicht hat das OAG. sich keineswegs einverstanden erklären können.

Allerdings besagt der angezogene Paragraph des BGB.'s, daß jedes Rechtsgeschäft, durch welches eine Ehefrau sich für den Ehemann verpflichte — und zu Rechtsgeschäften dieser Art zählt zweifellos die Verbürgung — nichtig sei, ausgenommen, wenn sie dasselbe mit Einwilligung des Ehemannes vor Gericht vornehme, und dieses die Ehefrau vorher in Abwesenheit des Ehemannes über den Vermögensverlust, welchen sie sich dadurch zuziehen könne, belehrt habe.

Es ist auch zuzugeben, daß das Protokoll, welches übrigens, wie das darunter befindliche Siegel lehrt, von dem nach der Vorschrift in §. 17 der Verordnung, die Ein- und Ausführung des BGB.'s betreffend, vom 9. Januar 1865 zuständigen Gerichte herrührt, nicht dahin lautet, es habe die Beklagte vor der Verbürgung in Abwesenheit des Ehemannes über den Vermögensverlust, welchen sie sich dadurch zuziehen könne, Belehrung erhalten, sondern vielmehr dahin, es habe Beklagte die schon vorher ausgesprochene Bürgschaftserklärung nach dem Abtreten ihres Ehemannes wiederholt,

„nachdem sie Gerichtswegen über die ihr möglicherweise hieraus erwachsenden Rechtsnachtheile belehrt worden."

Allein aus diesem letzteren Umstande folgt noch nicht, daß die von

*) Bestätigt in IVta durch III. Sen.-Erk. vom 5. März 1870 no. 26.

der Beklagten geschehene Verbürgung für rechtlich unwirksam zu halten wäre.

Denn zuvörderst berechtigt die Fassung von §. 1650 des BGB.'s in keiner Weise zu der Annahme, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hätte, auszusprechen, jede Verbürgung einer Ehefrau für den Ehemann sei ungültig, wenn nicht die vorgeschriebene Belehrung in dem über die Verbürgung niedergeschriebenen Protokolle gerade mit den Worten: die Ehefrau sei über den Vermögensverlust, welchen sie sich durch die Verbürgung zuziehen könne, belehrt worden, Verlautbarung gefunden. Es muß daher in dem Prototolle auch der Gebrauch anderer, gleichbedeutender Worte statthaft erscheinen, wenn solche nur deutlich erkennen lassen, daß der Vorschrift des Gesetzes, wonach die Ehefrau vor der Verbürgung in Abwesenheit des Ehemannes über den damit möglicher Weise verbundenen Vermögensverlust, d. h. über die nachtheiligen Folgen, welche die Verbürgung möglicher Weise für ihr Vermögen mit sich bringen könne, belehrt werden soll, Genüge geschehen.

Es möge nun ganz dahin gestellt bleiben, ob überhaupt Rechtsnachtheile denkbar seien, mit welchen nicht mehr oder weniger die Gefahr eines Vermögensverlusts verbunden wäre. Jedenfalls wird man soviel zugeben müssen, daß wenigstens von einer Verbürgung andere Rechtsnachtheile als solche, welche auf Vermögensnachtheile zurückzuführen sind, sich nicht wohl denken lassen, indem die Rechtsnachtheile, welche eine Verbürgung mit sich bringt, eben darin bestehen, daß der Bürge Gefahr läuft, eine fremde Schuld aus eignen Mitteln bezahlen zu müssen und zwar möglicherweise ohne Aussicht, von dem Hauptschuldner das für denselben Bezahlte wieder zu erlangen.

Ist daher laut der Klagbeifuge B. Beklagte vor der Bürgschaftserklärung durch das zuständige Gericht nach einstweiligem Abtreten ihres Ehemannes über die ihr aus der Verbürgung möglicherweise erwachsenden Rechtsnachtheile unterrichtet worden, so muß nothwendig vorausgesetzt werden, daß die Belehrung sich eben auf die mit einer Verbürgung möglicherweise verbundenen Vermögensnachtheile oder Vermögensverluste bezogen habe.

Hierzu kommt aber noch, daß das Protokoll deutlich erkennen

läßt, wie dessen Verfasser sich der Vorschrift in §. 1650 des BGB.'s wohl bewußt gewesen und in der That Handlungen vorgenommen habe, welche augenscheinlich darauf berechnet waren, jener Vorschrift Genüge zu leisten, daß daher, wie letzteres in der gesetzlich angeordneten Weise geschehen sein werde, kraft der für die Legalität gerichtlicher Acte sprechenden Präsumtion bis zum Nachweise des Gegentheils füglich vorausgesetzt werden darf.

Annalen des OAG.'s Bd. IV, S. 514 flg.

51.

Zur Lehre von der formlosen Bürgschaft der Ehefrau für den Ehemann, BGB. §. 1650—1653.

II. Sen.-Erk. vom 16. Decbr. 1869 no. 866|874.

Die Bestimmungen in §§. 1650 flg. des BGB.'s haben den Zweck, die Ehefrauen in den Vermögensnachtheilen, welche denselben aus der Uebernahme von Schuldverbindlichkeiten für ihre Ehemänner entstehen würden, dadurch sicher zu stellen, daß man die Gültigkeit derartiger Intercessionen oder der denselben gleich zu achtenden Rechtsgeschäfte (§§. 1651 und 1652) an die in §. 1650 vorgeschriebene Form geknüpft hat. Zu dem Ende bestimmt das Gesetz in §. 1652 namentlich auch, daß die Ehefrau, wenn sie ohne Beobachtung dieser Form gemeinschaftlich mit dem Ehemanne einem Dritten gegenüber ein Gesammtschuldverhältniß in einem Falle eingegangen ist, aus welchem sie an und für sich nur antheilig zu haften haben würde, höchstens nur pro rata zu haften habe; und selbst diese Haftung fällt nach §. 1651 dann weg, wenn sie nachzuweisen vermag, daß selbst unter der Uebernahme der nur antheiligen Haftung dem Wesen der Sache nach eine dem Gläubiger bekannt gewesene Verbürgung für den Mann versteckt gewesen sei.

B. Schmidt, Vorlesungen über das im Königreiche Sachsen geltende Privatrecht Bd. II, §. 152 unter e, S. 56.

Daß hier ein Fall zuletzt gedachter Art vorliegt, ist von dem Wiederbeklagten eingeräumt worden. Die in der der Convention zu Grunde liegenden Urkunde verschriebenen 400 Thlr. sind nach dem Zugeständnisse in p. l. c. 8, 14 und 16 bis dahin eine Schuld des

Ehemannes der Wiederklägerin, und zwar desselben allein, gewesen. Die Ehefrau ist erst durch Mitvollziehung dieser Urkunde, beziehentlich durch die bei dieser Gelegenheit abgegebenen Erklärungen, in das ihr an sich fremde Schuldverhältniß eingetreten. Ob dies, wie die Wiederklägerin behauptet, von dem Wiederbeklagten zu der Bedingung der Gewährung einer von dem Hauptschuldner erbetenen Gestundung gemacht worden, oder ob sich, wie Wiederbeklagter in den Anmerkungen zu p. l. c. 21 und 28 anführt, die Wiederklägerin freiwillig dazu erboten, ist für das Wesen der Sache völlig irrelevant. Ebenso irrelevant ist es, ob, wie der Wiederbeklagte in der Anmerkung zu p. l. c. 29—34 anführt, für die Wiederklägerin bei Gelegenheit dieser Uebernahme einer ihr an sich fremden Schuld ihres Ehemannes, die Vereinnahmung eines Erbtheiles in Aussicht gestanden und dieselbe erklärt habe, die Zahlung von diesem, ihrem Ehemanne zu inferirenden Erbtheile leisten zu wollen. Sofern hierin die dem Ehemanne ertheilte Zusage der Illation zu finden sein sollte, würde daraus möglicherweise dieser letztere ein Klagrecht wider die Promittentin ableiten können. Das angeblich einem Dritten in Bezug auf eine Schuld des Ehemannes ertheilte Versprechen fällt dagegen offenbar selbst wieder unter die Bestimmung in §. 1650 des BGB.'s und ist daher ohne die Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form ungültig und wirkungslos.

Anlangend endlich die Vorschrift in §. 1653 des BGB.'s, so ist von folgenden Erwägungen auszugehen.

Das Gesetz geht davon aus, daß an und für sich schon in dem Versprechen, für einen Dritten, den Hauptschuldner, eintretenden Falles Zahlung leisten zu wollen und somit schon an sich in jeder Intercession ein Vermögensnachtheil liege. Dieser letztere ist hiernach nicht etwa erst darin, daß der Intercedent wirklich genöthigt wird, für den Hauptschuldner zahlen zu müssen, sondern principiell schon darin zu finden, daß auf das Vermögen des Intercedenten eine dasselbe vinculirende und selbiges deshalb in seinem rechtlichen Bestande nothwendigerweise abmindernde Schuldverbindlichkeit übernommen wird. Indem daher das Gesetz jedes Rechtsgeschäft, durch welches eine Ehefrau sich für den Ehemann in formloser Weise verpflichtet, für nichtig erklärt, spricht dasselbe aus, daß es schon

diesem Vermögensnachtheile die Wirkung beilege, daß sich eine Ehefrau demselben nicht mit rechtlichem Erfolge unterwerfen könne, ohne die gesetzlich vorgeschriebene Form zu beobachten. Wenn nun §. 1653 weiter bestimmt, daß es der mehrgedachten Form ausnahmsweise dann nicht bedürfen solle, wenn die Ehefrau durch die Verpflichtung für ihren Ehemann nichts von ihrem Vermögen verliere, oder wenn sie Vermögensvortheile dadurch erlange, so kann damit nichts Anderes bestimmt werden sollen und ist in der That nichts Anderes bestimmt worden, als daß diese rechtliche Beschränkung dann wegzufallen habe, wenn das Rechtsgeschäft des Ehemannes, für welches die Ehefrau intercedirt, ein an und für sich für die letztere lucratives, oder doch wenigstens nicht oneroses ist. Ein Fall dieser Art würde z. B. dann vorliegen, wenn die neue Schuld lediglich zu Deckung einer älteren Schuld der Ehefrau aufgenommen worden wäre, oder wenn die Frau selbst oder beide Ehegatten solidarisch dem Dritten die betreffende Summe geschuldet hätten, die Bezahlung der deshalb ausgestellten Urkunde in der Weise versprochen worden wäre, daß der Ehemann sich als Hauptschuldner bekannte, die Ehefrau aber für selbigen sich verbürgt hätte. Denn in einem Falle dieser Art ist das Rechtsgeschäft selbst, welches der als Hauptschuldner eintretende Ehemann eingeht, ein für die Ehefrau, die Bürgin, wo nicht vortheilhaftes, doch jedenfalls nicht nachtheiliges. Dagegen ist für die Beurtheilung des bezüglichen Vermögenswerthes der von dem Hauptschuldner eingegangenen, durch die Intercession des Bürgen sicher gestellten Verpflichtung die Frage, ob der Regreß des Bürgen an den Hauptschuldner ein gewiriges Resultat haben werde, oder unter Umständen würde haben können, selbstverständlich ohne allen Einfluß.

52.

Ueber das Klagerecht der Ehefrau in Bezug auf zum Einbringen gehörige Forderungen. — BGB. §§. 1677, 1682.

II. Sen.-Erk. vom 21. Juni 1870 no. 386|386.

Die Behauptung Beklagtens, daß eine Ehefrau überhaupt

nicht, also nicht einmal mit Zustimmung ihres Ehemannes, berechtigt sei, eine ihr zustehende, zu ihrem Einbringen gehörige Forderung einzuklagen, dieß vielmehr nur durch deren Ehemann geschehen könne, ist nach Ansicht des OAG.'s, wie von diesem schon wiederholt ausgesprochen worden, z. B.

Zeitschrift f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. 34, S. 273 flg., unrichtig.

Man verweist auf das dort Gesagte, indem man nur noch Folgendes hinzufügt:

Da nach §. 1677 des BGB.'s, dafern der Gegenstand des ehemännlichen Nießbrauchs eine Forderung ist, zu deren Einklagung es des übereinstimmenden Willens beider Ehegatten bedarf, so muß es schon an sich der Sache nach gleichgültig erscheinen, ob die Klage von dem Ehemann unter Beitritt der Ehefrau, oder von der Ehefrau unter Beitritt des Ehemanns erhoben wird, indem in dem einen, wie in dem anderen Falle das Interesse jedes Ehegatten gleichmäßig gewahrt ist.

Es erhellt aber überdies die Berechtigung der Ehefrau, ihrerseits, natürlich unter Genehmigung des Ehemannes, zu klagen, sehr deutlich aus der Bestimmung in §. 1682 des BGB.'s. Denn die Annahme, daß bei diesem Gesetzesparagraphen lediglich an den Fall gedacht worden sei, wenn den Gegenstand des Rechtsstreits Receptitienvermögen bilde, findet in dessen Fassung nicht nur keine Unterstützung, sondern insofern sogar weit eher Widerlegung, als, wäre solche begründet, davon ausgegangen werden müßte, daß die in dem Paragraphen nur einmal vorkommenden Worte:

„wegen des Stammes des eheweiblichen Vermögens,"

nach der Absicht des Gesetzgebers im Verhältnisse zu den Worten: „Führt die Ehefrau" soviel: „wegen des Stammes des vorbehaltenen eheweiblichen Vermögens" und im Verhältnisse zu den Worten: „oder mit deren Einwilligung der Ehemann," so viel wie: „wegen des Stammes des nicht vorbehaltenen eheweiblichen Vermögens" bedeuten sollen.

Zweifelhafter kann es erscheinen, ob es für zuläßig zu achten, daß eine Ehefrau die Zinsen einer zu ihrem Einbringen gehörigen Forderung einklage, indem diese dem Ehemann kraft des ehemänn-

lichen Nießbrauchsrechts gebühren. Indessen fällt es unbedenklich, die Ehefrau auch in soweit unter Beitritt des Ehemannes zur Klagerhebung für berechtigt zu halten, indem der Ehemann durch seinen Beitritt zu erkennen giebt, es solle die Ehefrau zur Einziehung ermächtigt und der Schuldner durch Zahlung an die Ehefrau liberirt sein. Nur versteht es sich von selbst, daß die Ehefrau in einem solchen Falle der Vorschützung von Ausflüchten aus der Person des Ehemannes, wie namentlich der Vorschützung der Ausflucht, daß an den Ehemann eine Gegenforderung zustehe, nicht widersprechen kann. Indessen von dergleichen Ausflüchten ist im gegenwärtigen Falle gar nicht die Rede.

53.

Ueber das testamentum und das legatum ad pias causas des älteren Rechts.

II. Sen.-Erk. vom 4. Jan. 1870 no. 907|902 v. 1869 *).

[In der beim GA. im BG. Leipzig anhängigen Rechtssache: Metz c. Armenanstalt zu Leipzig wurde vom OAG. entschieden, daß nach dem Rechte **vor** dem BGB., welches letztere die Begünstigung letztwilliger Zuwendungen an milde Stiftungen nicht kennt — Commentar II. Aufl., Bd. III, S. 275, Motive zu §. 2115 — bei dem sog. testamentum ad pias causas die Erbeinsetzung — dec. 46 von 1661 — essentiell war, dagegen es nach dem Generale vom 16. Sept. 1746 als ein Vermächtniß ad pias causas zu gelten hatte, wenn die betreffende Zuwendung in einer Schrift ausgedrückt worden, welche in dem Nachlasse des Defunctus in einem von diesem versiegelten und mit der Aufschrift: daß die eingeschlossene Niederschrift seinen letzten Willen enthalte, versehenen Couverte sich vorgefunden, da die Unterschrift der Bemerkung auf dem letzteren die des Contextes im Sinne des Generale decke.]

*) Man vermeidet die Wiedergabe der ausführlichen Gründe, da das Wiedervorkommen der gleichen Frage in der Praxis zweifelhaft ist.

Präjudizien.

Civilrecht.

54.

Civilklage der Ehefrau auf Alimente? — BGB. §§. 1763, 1764, 1849. — Bezugnahme auf abweichende Bestimmungen des ausländischen Rechts, wenn vorzubringen?

II. Sen.-Erk. vom 13. Juni 1871 no. 315 311.

Die vorige Instanz (AG. Leipzig) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß der Alimentenanspruch der Klägerin unter verschiedene rechtliche Gesichtspunkte fällt, je nachdem er

1) für den Zeitraum vom 3. Januar 1862 bis in das Jahr 1864, während dessen die Klägerin von dem Beklagten thatsächlich getrennt gelebt hat, ohne daß ein Eheprozeß zwischen ihr und ihrem Ehemanne anhängig gewesen ist, und
2) für den Zeitraum vom Jahre 1864 bis zum 1. März 1866, während dessen ein, schließlich mit einer rechtskräftig erfolgten Ehescheidung endigender, Eheprozeß zwischen der Klägerin und ihrem Ehemanne geschwebt hat,

geltend gemacht wird.

Soviel den ad 1 angegebenen Zeitraum anlangt, so kann der Alimentenanspruch nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz, zwar allerdings unter gewissen Voraussetzungen vor dem Civilgerichte ausgeführt werden, es fehlt aber an der erforderlichen Begründung dieses Anspruchs. Eine Ehefrau kann nämlich für die Vergangenheit von ihrem Ehemanne nur dann Alimente fordern, wenn sie sich darauf zu beziehen vermag,

a) daß der Ehemann sich ohne Grund geweigert habe, sie in die eheliche Gemeinschaft aufzunehmen,

Annalen N. F. Bd. I, S. 317 flg., und

b) daß sie wegen der Weigerung ihres Ehemannes, sie an der häuslichen Gemeinschaft Theil nehmen zu lassen, Schulden habe machen müssen,

§. 1849 des BGB.'s.

In beiden Beziehungen fehlt es der Klage schon aus dem Grunde an der erforderlichen factischen Begründung, weil darin auf einen mehrjährigen Zeitraum eine nach Jahren berechnete Summe von 1000 Thalern für das Jahr per aversionem gefordert wird. Denn hierdurch wird der Standpunkt, von welchem aus man nur allein zu einer richtigen Beurtheilung eines solchen Alimentenanspruches gelangen kann, gänzlich verrückt. Während nämlich es nur darauf ankommen kann, ob der Ehemann seine Verpflichtung in Beziehung auf das eheliche Zusammenleben nicht erfüllt und dadurch die Ehefrau genöthigt habe, ihren Unterhalt wo anders zu suchen, muß es einer Klage, welche einen mehrjährigen Zeitraum umfaßt, nothwendig an der factischen Begründung fehlen, weil, wenn sie auch für gewisse einzelne Zeitpunkte Thatsachen enthielte, welche auf das entscheidende Moment Einfluß hätten, doch immer daraus nicht folgen könnte, es hätte der Grund, welcher das augenblickliche factische Getrenntleben zu rechtfertigen geeignet gewesen wäre, auch für die übrige Zeit fortgedauert. Während ferner es sich bei einem Alimentenanspruche für die Vergangenheit wenigstens zunächst nur um ein Recht Derjenigen, welche die nöthigen Mittel zu dem Unterhalte der Ehefrau hergegeben haben, und nur folgeweise um ein Recht der Ehefrau selbst insoweit, als diese sich dritten Personen gegenüber verpflichtet hat, handeln kann, wird, wenn die Ehefrau eine Aversionalsumme für die Zeit ihres factischen Getrenntlebens fordert, das auf ethischer Grundlage basirte Familienband zwischen Ehefrau und Ehemann in ein Obligationsverhältniß verwandelt, vermöge dessen die Ehefrau an den Ehemann wegen seiner Weigerung, seine aus der Ehe hervorgehenden Pflichten zu erfüllen, eine Forderung erwürbe, die sie noch dazu nach dem in Sachsen geltenden Dotal-

rechte ihrem Ehemanne zur Verwaltung und Nutznießung überlassen mußte.

Soviel weiter den Alimentenanspruch für den ad 2 erwähnten Zeitraum betrifft, so beruht nach Sächsischem Rechte außer Zweifel, daß die Bestimmung und Zuerkennung der Alimente während der Dauer des Ehestreites und zwar auch insoweit, als es sich um den Zeitpunkt handelt, mit welchem das Recht des getrennten Lebens begonnen hat, zur Competenz des Ehegerichts gehört,

Commentar Bd. I, S. 119,

und Ansprüche aus dem getrennten Leben zwar auch nach der Scheidung für die Vergangenheit geltend gemacht werden können, dies aber nur dann statthaft ist, wenn das Ehegericht entweder schon während des Eheprozesses über diese Ansprüche cognoscirt hat, oder, wenn dies nicht geschehen sein sollte, die Cognition darüber nachholt (§. 1764 des BGB.'s). Nun ist zwar soviel richtig, daß dieser §. auf den §. 1763 nicht ausdrücklich Bezug nimmt. Aber auch abgesehen davon, daß es einer Bezugnahme nicht bedurfte, weil der §. 1763, Satz 2 nicht eine selbstständige Vorschrift enthält, sondern blos den Beginn des Rechts zum getrennten Leben bestimmt, so sind hier lediglich Alimente in Frage, welche die Klägerin für die Zeit des Eheprozesses selbst fordert.

Die Bemerkung der Klägerin, daß der Eheprozeß zwischen ihr und dem Beklagten vor einem Preußischen Gerichte anhängig gewesen sei und daher in Beziehung auf die Trennung der Ehegatten von Tisch und Bette während des Eheprozesses nicht die Sächsischen, sondern die Preußischen Gesetze zur Anwendung kommen müssen, kann in der Sache Etwas nicht ändern. Wenn nämlich Klägerin ihren Alimentenanspruch auf die Verschiedenheit der Sächsischen und Preußischen Ehegesetzgebung zu basiren beabsichtigt haben sollte, so wäre es ihre Sache gewesen, schon in der Klage auf die Verschiedenheit der Legislation Bezug zu nehmen und ihren Anspruch dadurch zu rechtfertigen.

55.

Ueber die Beweislast in den Fällen des §. 1912 des BGB.'s, wo ein Minderjähriger sich betrüglicher Weise als volljährig ausgegeben.

II. Sen.-Erk. vom 10. Mai 1870 no. 302/285.

Der §. 1912 des BGB.'s, worauf die vorliegende Klage beruht, spricht sich zwar dahin aus, daß, wenn sich ein Minderjähriger betrüglicher Weise für volljährig ausgegeben, und dadurch einen Andern, ohne daß diesen eine Verschuldung trifft, zu Schließung eines Vertrags verleitet hat, dem betreffenden Contrahenten die Wahl zustehe, ob er die Erfüllung des Vertrages fordern oder von demselben abgehen und Rückgabe des in dessen Folge Geleisteten aus dem Vermögen des Minderjährigen verlangen wolle. Allein hieraus folgt noch nicht, daß alle im Gesetze erwähnten Erfordernisse,

a) daß der Minderjährige sich für mündig ausgegeben habe, und zwar
b) in betrüglicher Weise,
c) daß ferner der andere Contrahent dadurch zum Abschlusse des Vertrages verleitet worden sei,
d) ohne daß ihn eine Verschuldung dabei treffe,

ohne Ausnahme zur Beweislast des Klägers fallen. Die Hauptsache wird immer sein, daß der Unmündige sich für volljährig ausgegeben habe; ob dies in betrüglicher Weise geschehen und ob der andere Contrahent dadurch zum Abschlusse des Vertrages verleitet worden sei, und ob ihm eine eigene Verschuldung bei Abschluß des schädlichen Vertrages zur Last fällt, wird in der Regel aus dem Zusammenhange der Verhältnisse sich von selbst ergeben und beurtheilen lassen. Daß der andere Contrahent durch die Täuschung über das Alter des Unmündigen zum Abschlusse des Vertrages verleitet worden sei, ist eine innere, nicht der Außenwelt angehörige Thatsache, und wird in der Regel durch äußere Beweismittel gar nicht dargethan werden können. Es versteht sich, daß der angeführte Gesetzesparagraph einen vollendeten Betrug des Unmündigen voraus-

setzt, daß daher, wenn aus dem eignen Anführen des Klägers hervorgeht, er habe sich durch die Vorspiegelung des Unmündigen nicht täuschen lassen, sondern aus andern Rücksichten und in andern Erwartungen den Vertrag nichtsdestoweniger abgeschlossen, eine solche Klage aus §. 1912 unbedingt fallen müßte, weil eben gar keine vollendete Täuschung des Klägers, sondern nur ein Versuch dazu vorliegen und daraus zugleich folgen würde, daß der Kläger nicht frei von Verschuldung bei dem ihm etwa erwachsenden Nachtheile ist. Wenn aber derartige Zugeständnisse des Klägers nicht vorliegen, wird man auch bis zum Beweise des Gegentheils annehmen müssen, daß der Mitcontrahent lediglich durch die betrügliche Vorspiegelung des Unmündigen zum Abschlusse des Vertrages sich habe bestimmen lassen und daß darnach die Frage, ob denselben eine eigne Verschuldung bei Abschluß des Vertrages treffe, sich von selbst beantwortet und durch den Zusammenhang der ganzen Verhältnisse klar gestellt wird.

In dem vorliegenden Falle ist nun in der Klagschrift behauptet, der Pflegbefohlene des Beklagten, W. L. K., habe im Mai 1869 den Kläger um Vorstreckung eines Darlehns von 450 Thalern gebeten und des Klägers Frage, ob er volljährig sei, bejaht, mit dem Hinzufügen, daß er am 16. September 1847 geboren, also am 16. September 1868 die Volljährigkeit erreicht habe. Selbst ein weiteres Bedenken des Klägers, warum K., da er selbst vermögend sei, soviel Geld aufborgen wolle, soll der Letztere durch die Bemerkung beseitigt haben, daß er das Geld nicht für sich, sondern für seinen nach Amerika auswandernden Bruder brauche, da seine Geldmittel auf Hypothek und Kündigung ausgeliehen seien. Dadurch sei der Kläger, dem die Unmündigkeit des K. damals unbekannt gewesen sei, zur Darleihung der 450 Thaler veranlaßt worden. K. habe ihm einen Wechsel im Betrage von 480 Thalern, zahlbar den 10. September 1869, ausgestellt, und unter seinen Namen sogar noch besonders die Worte gesetzt: „geboren den 16. September 1867", und Kläger habe darauf die 450 Thaler an den K. ausgezahlt.

Die vorige Instanz hat zur Bewahrheitung des Klaggrundes

lediglich die beiden Umstände in Berücksichtigung gezogen und auf das Relatum des Klägers gestellt,

a) daß K. ihn im Mai 1869 um ein Darlehn von 450 Thlrn. gebeten und auf seine Frage, ob er mündig sei, versichert habe, daß er am 16. September 1847 geboren und mithin am 16. September 1868 volljährig geworden sei,

sowie

b) daß hierauf die 450 Thaler vom Kläger an K. ausgezahlt worden seien.

Dagegen hat sie die Behauptung des Beklagten, Kläger habe bei der Darleihung der 450 Thaler die Unmündigkeit seines Pflegbefohlenen recht wohl gekannt, gleichsam als Ausflucht zur Beweislast des Beklagten gerechnet, und in dieser Richtung dem Beklagten Beweis nachgelassen.

Prozessual kann dies zwar als zweifelhaft erscheinen, da die Unkenntniß des Klägers über die Unmündigkeit des K. nothwendig zur Begründung der Klage mitgehört, der dem Beklagten aufgelegte Beweis mithin weniger als Ausfluchtsbeweis, denn als eventueller Gegenbeweis gegen die Klagbehauptung anzusehen sein möchte.

Nichtsdestoweniger erschien aber die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses unbedenklich. Wenn nämlich der unmündige K. auf die Frage des Klägers, ob er mündig sei, versicherte, daß er am 16. September 1847 geboren und also bereits im Jahre 1868 die Volljährigkeit erreicht habe, so muß diese unwahre Versicherung erstlich als betrüglich angesehen werden, da K. voraussetzlich sein Alter kannte und insbesondere sogar seinen Geburtstag ganz genau bezeichnete, besondere Umstände aber, aus denen sich schließen lassen könnte, daß der Unmündige selbst bezüglich seines Alters im Unklaren gewesen sei, also nicht absichtlich gelogen habe, vom Beklagten nicht einmal behauptet worden sind. Zweitens aber kann man den Kläger ohne Weiteres für berechtigt erachten, dieser Versicherung seines Mitcontrahenten Glauben beizumessen. Jedermann muß als rechtschaffen und wahrheitsliebend präsumirt werden. Der Wahrhaftigkeit einer derartigen Versicherung konnte Kläger also unbedenklich Vertrauen schenken, und er war deshalb auch nicht ver-

pflichtet, noch weitere Erkundigungen über das Alter K.'s anzustellen. Die Unterlassung dieser weiteren Nachforschung kann mithin dem Kläger nicht als Verschuldung zur Last gelegt werden. Geht man aber von dieser Auffassung aus, so muß man auch vorläufig und voraussetzlich als genugsam constatirt annehmen, daß Kläger die Unmündigkeit des K. nicht gekannt, und durch die unwahre Versicherung desselben wirklich getäuscht und zur Gewährung des Darlehns bewogen worden sei, so daß also dieser Theil des Klaggründes schon wenigstens vorläufig für erwiesen erachtet werden muß, und daher nicht etwa auf das Delatum des geläugneten 5. Einlass.-Punktes erkannt werden kann, wenn Kläger durch das Relatum darthut, wie K. ihm die ofterwähnte Versicherung über seine Mündigkeit ertheilt habe.

Nach dieser Auffassung läßt es sich demnach rechtfertigen, daß, wie im vorigen Urtel geschehen ist, dem Beklagten der Beweis auferlegt worden ist, Kläger habe die Unmündigkeit K.'s bei Abschluß des Vertrags gekannt. Beklagter leitet diese Kenntniß theils aus früheren Vorgängen, theils in der Anmerkung zum 22. und 23. Einl.-Punkte aus einzelnen außergerichtlichen Geständnissen gegen dritte Personen ab, und es rechtfertigt sich dadurch noch mehr, daß dieser Punkt nicht sofort durch ein Delatum zum 5. Einl.-Abschn. oder durch einen Bestärkungseid des Klägers, wie solcher in Cap. XIII, §. 7 der allgem. Vormundschaftsordnung erwähnt wird, zur Entscheidung gebracht wird, sondern auf ordentlichen Beweis des Beklagten gestellt worden ist.

56.

Confessoria, Spolien- oder Schädenklage? — BGB. §§. 687, 1483, 1492; 116, 173, 174; 210, 153. — Präjudiz der Criminalsache für die Civilsache — StPO. Art. 449.

II. Sen.-Erk. vom 5. April 1870 no. 172/182.

Es würde der in der Entscheidung erster Instanz, deren Wiederherstellung vom Beklagten verlangt wird (grav. 5), dem Kläger auferlegte Beweis, da das in der Klage bezeichnete Recht des Klägers zur Wasserableitung aus Beklagtens Mühlgraben in



seinen Teich wenigstens nicht in dem in der Klage angegebenen Umfange vom Beklagten eingeräumt worden ist, dann allerdings nicht zu entbehren sein, wenn die Klage, wie die erste Instanz angenommen hat, als Confessorienklage anzusehen wäre. Indessen weder Klage noch Sachgesuch bieten einen ausreichenden Anhalt dafür, daß Kläger ein Befugniß der bezeichneten Art zur Geltung zu bringen, und eine Feststellung des Umfangs dieses Befugnisses herbeizuführen beabsichtigt habe. Zwar wird in der Klage erwähnt, es habe eine Röhre von 2³/₄ Zoll lichter Weite seit Menschengedenken und länger als 60 Jahren in dem Damme zwischen Klägers Teich und Beklagtens Mühlgraben sich befunden und bei ihrem Eintritt in letzteren auf dessen Sohle aufgelegen, es wird auch weiter angeführt, daß dieselbe einer vom Beklagten eingeräumten Servitut gemäß das Wasser aus dem Mühlgraben in den Teich geleitet habe, und daß vom Beklagten im Jahre 1867 vor Gericht und dem Kläger gegenüber zugestanden worden sei, es habe dieser das Recht, Wasser aus dem Mühlgraben in den Teich abzuleiten. Allein alle diese Anführungen sind in der Hauptsache nur dazu bestimmt, darzulegen, in welchem Zustande die zum Behufe der Wasserableitung bestehende Anlage vor Erfolg der vom Beklagten nach Darstellung der Klage daran vorgenommenen Veränderungen sich befunden, daß der frühere Zustand im Interesse des Klägers zu Ausübung eines Rechts desselben zur Wasserableitung bestanden habe, und daß die an der gedachten Anlage vom Beklagten vorgenommenen Veränderungen einen den Kläger schädigenden widerrechtlichen Eingriff des Beklagten enthalten. Nicht also das Wasserableitungsrecht des Klägers, sondern die dem Beklagten beigemessenen widerrechtlichen Handlungen bilden den eigentlichen Klaggrund, und könnte nach dem Inhalte der Klage über Richtung und Gegenstand des vom Kläger erhobenen Anspruchs noch irgend ein Zweifel obwalten, so würde derselbe in alle Wege durch das für die Beurtheilung zunächst maßgebende Sachgesuch sich erledigen, mit welchem Kläger nicht die Anerkennung eines ihm zuständigen Rechts zur Wasserableitung, sondern ausschließlich die Wiederherstellung des früheren Zustandes der hierzu bestimmten Vorrichtung verlangt. Man würde demnach über Klägers Anträge hinausgehen, wollte

man die Klage mit der ersten Instanz als Confessorienklage behandeln und dem Kläger zu Anbahnung einer Entscheidung über das demselben zuständige Befugniß zur Wasserableitung und dessen Umfang einen Beweis auferlegen; daher denn der vorigen Instanz darin vollkommen beizupflichten ist, daß die Feststellung dieses Umfanges nicht im vorliegenden Rechtsstreite zu erfolgen habe.

Vielmehr stellt sich die Klage nach ihrer Begründung und nach dem Sachgesuche als eine Klage auf Schadenersatz dar. Denn es wird darin nach Beschreibung des früheren Zustandes der gedachten Vorrichtung angeführt, daß und in welcher Weise Beklagter diesen Zustand zum Schaden des Klägers verändert habe, sodann unter Berufung auf den Ausgang der deshalb wider Beklagten geführten Untersuchung die Vornahme der Veränderungen durch denselben und deren Widerrechtlichkeit als liquid bezeichnet, und schließlich die Wiederherstellung des durch Beklagtens widerrechtliche Handlungen gestörten Zustandes der Röhrleitung verlangt. Dieses Verlangen entspricht genau Demjenigen, was in §. 687 des BGB.'s als nächster Gegenstand des Anspruchs auf Schadenersatz bezeichnet wird, und es kann auch nach dem Inhalte der Klage keinem Zweifel unterliegen, daß dieselbe einen derartigen Anspruch schlüssig begründet. Wenn Bekagter, wie in der Klage behauptet wird, den letzteren Theil der Röhre, vermittelst deren Kläger nach Einverständniß der Parteien seit Jahren Wasser aus Beklagtens Mühlgraben in seinen Teich leitet, eigenmächtig beseitigt und dafür ein Stück von geringerer Weite eingesetzt hat, so fallen diese Handlungen schon insofern, als dadurch die Röhrleitung beschädigt worden ist und selbst noch abgesehen davon, ob dieselben eine Entziehung oder Schmälerung des Wasserzuflusses für Klägern zur Folge gehabt haben, unter den Gesichtspunkt der widerrechtlichen Schadenzufügung (§§. 1483, 1493 des BGB.'s). Es wird aber in der Klage verbunden mit der Klagbeilage B auch noch weiter angeführt, es sei Beklagter in der bereits erwähnten Untersuchung für schuldig erkannt worden, daß er durch die von ihm an der Röhrleitung vorgenommenen Veränderungen einer unbefugten Unterbrechung des Wasserlaufs zum Nachtheile für Klägern und somit des in Art. 13 des Gesetzes, die Forst= 2c. Diebstähle betreffend, vom 11. August

1855 bezeichneten Vergehens sich schuldig gemacht habe. Hierin findet Klägers Anspruch auf Schadenersatz eine weitere Stütze, da schon aus den allgemeinen Vorschriften in §§. 116, 773, 774 des BGB.'s, auf welche Beklagter im Hinblick auf die Auslassungen Bl. zu verweisen ist, mit voller Bestimmtheit sich ergiebt, daß jede criminalrechtlich strafbare Handlung, soweit dadurch Schaden verursacht worden ist, auch civilrechtlich zum Schadenersatz verpflichtet.

Siebenhaar, Commentar ed. II zu §. 116 unter A und B Bd. I, S. 156 flg.

Daß übrigens auch die vorige Instanz den Anspruch des Klägers als auf Schadenersatz gerichtet aufgefaßt hat, darüber hat dieselbe keineswegs im Unklaren gelassen, und ist es insbesondere eine grundlose Ausstellung, welche Beklagter mit der dritten Beschwerde erhebt, daß aus vorigem Erkenntnisse nicht zu ersehen sei, ob eine Verurtheilung des Beklagten zu Anerkennung des Rechts des Klägers zur Wasserableitung oder zur Wiederherstellung des früheren Besitzstandes desselben habe ausgesprochen werden sollen, indem vielmehr aus der Fassung des Urtels und den demselben beigefügten Gründen unzweideutig hervorgeht, daß die zweite Instanz den Beklagten lediglich zur Erstattung des mit den gedachten widerrechtlichen Handlungen dem Kläger zugefügten Schadens durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu verurtheilen gemeint gewesen ist, dagegen weder über das Recht des Klägers zur Wasserableitung noch darüber hat entscheiden wollen, ob Kläger im Besitz eines derartigen Rechtes zu schützen, beziehentlich in solchen wieder einzusetzen sei. Es mag indeß nicht bestritten werden, daß auch für Beantwortung der letzteren Frage in der Klage die erforderlichen Unterlagen wenigstens insoweit gegeben sind, als ein wesentliches Bedenken nicht entgegenstehen würde, dieselbe als eine Spolienklage und das Sachgesuch Bl. als auf Wiederherstellung des früheren Besitzstandes gerichtet aufzufassen, da die nach der Klage vom Beklagten eigenmächtig vorgenommenen Veränderungen der Röhrleitung, in denen nach dem Bemerkten Seiten des zuständigen Untersuchungsgerichts ein strafbares Vergehen gefunden worden ist, ohne

Zweifel als schon in der äußeren Form widerrechtliche Handlungen sich darstellen,

Annalen Bd. VIII, S. 515 flg.,

und das Klaganführen Bl. die Annahme rechtfertigt, daß durch dieselben nicht blos eine Besitzstörung, sondern eine Besitzentsetzung des Klägers herbeigeführt worden sei, wogegen die sich allerdings darbietende, aber vom Beklagten nicht angeregte Frage, ob nicht die Klage als Spolienklage für verjährt zu achten sein würde,

§. 210 des BGB.'s,

im Hinblick auf die Vorschrift in §. 153 des BGB.'s nicht weiter zu verfolgen wäre.

Mag indessen auch die Klage zugleich den Erfordernissen einer Spolienklage entsprechen, immerhin erscheint sie doch, wie gezeigt worden, aus dem Gesichtspunkte einer Klage auf Erstattung des durch Beklagtens widerrechtliche Handlungen dem Kläger zugefügten Schadens wohl begründet. Das ist darum von Wichtigkeit, weil dieser Gesichtspunkt die Anwendung der Vorschriften in Art. 449, Abs. 1 und 3 sowohl der StPO. vom 11. Aug. 1855, als der RStPO. vom 1. October 1868 zulässig macht. Es hat nämlich der Beklagte im vorliegenden Rechtsstreite die ihm zur Last gelegten Handlungen nur zum Theil eingeräumt und insbesondere behauptet, daß nicht von ihm, sondern von einer ihm unbekannt gebliebenen Person der obere Theil der Röhre beseitigt worden sei, soweit er aber der ihm beigemessenen widerrechtlichen Handlungen durch das in der wider ihn geführten Untersuchung ergangene Strafurtheil rechtskräftig für schuldig erkannt worden, ist Solches nach den angezogenen Vorschriften auch für die civilgerichtliche Entscheidung über Klägers Ansprüche auf Erstattung des demselben daraus entstandenen Schadens maßgebend, daher es insoweit keines weiteren Beweises bedarf und selbst der Gegenbeweis ausgeschlossen ist (vergl. den Schlußsatz des gedachten 3. Absatzes).

Es beruht demnach auch für vorliegenden Rechtsstreit in rechtlicher Gewißheit, daß Beklagter, was im gedachten Strafurtheil als erwiesen angesehen wird, das obere Ende der Röhre habe herausnehmen und durch ein engeres ersetzen, hierbei auch die Röhrleitung um etwa zwei Zoll habe erhöhen lassen. Zum vollständigen

Nachweise der dem Beklagten in der Klage schuld gegebenen Handlungen reicht dies nur insofern noch nicht aus, als nach der Klage die Erhöhung der Röhrleitung nicht blos ungefähr, sondern gerade 2 Zoll betragen und die Bohrweite des eingefügten neuen Stücks der Röhre von der Bohrweite des beseitigten Theils um 1 Zoll differiren soll. In ersterer Beziehung hat jedoch der Beklagte im vorliegenden Rechtsstreite ein ausdrückliches Geständniß abgelegt, und auch in letzterer Beziehung bedarf es nicht erst eines Beweises; denn auch nach Ansicht des OAG.'s läßt sich aus der Art und Weise, in welcher Beklagter auf die einschlagenden Klagbehauptungen sich erklärt hat, in Verbindung noch damit, daß von demselben das der Klage unter D in Abschrift beigegebene, Bl. im Original befindliche Besichtigungsprotokoll, worin constatirt wird, daß die fragliche Differenz bestimmt 1 Zoll austrage, allenthalben zugestanden worden ist, mit ausreichender Deutlichkeit entnehmen, daß Beklagter diese Differenz zu bestreiten nicht im Stande und auch nicht gewillt gewesen sei, wonach sich Beklagtens 4. Beschwerde als grundlos darstellt.

Es ist hiernach der vorigen Instanz beizutreten, wenn dieselbe unter Beseitigung der von der ersten Instanz für nöthig erachteten Beweisauflage den Beklagten ohne Weiteres verurtheilt hat, das obere engere Stück der Röhre zu entfernen und durch ein in der Bohrung mindestens 1 Zoll weiteres zu ersetzen, sowie die Röhre um mindestens 2 Zoll niedriger zu legen, insoweit also dem Rechtsmittel des Beklagten, welcher in Ansehung der Hauptsache Wiederherstellung der Entscheidung erster Instanz verlangt (grav. 5), keine Folge zu geben. Andererseits lag aber auch zu einer Abänderung des vorigen Erkenntnisses in Gemäßheit der Beschwerden des Klägers keine Veranlassung vor. Die Verurtheilung Beklagtens darauf zu erstrecken, es solle derselbe die Röhre so legen', daß in des Klägers Teich wie früher stets und auch bei knappem Wasserstande Wasser fließe, müßte schon wegen Unbestimmtheit des Inhalts einer derartigen Verurtheilung bedenklich fallen. Indessen auch abgesehen hiervon, erscheint nach dieser Richtung hin die Klage nicht genügend begründet. Möge man nämlich dieselbe als Klage auf Schadenersatz oder als Spolienklage auffassen, in jedem Falle kann Kläger

damit ein Mehreres nicht, als Wiederherstellung desjenigen Zustandes der Röhrleitung erlangen, welcher vorhanden war, bevor Beklagter die in der Klage angeführten Veränderungen daran vornahm. Nun sind aber weitere Veränderungen der Röhrleitung, als deren Erhöhung um 2 Zoll und die Ersetzung des oberen Theils durch ein um 1 Zoll im Lichten engeres Stück, dem Beklagten in der Klage nicht zur Last gelegt, so daß demselben auch nur angesonnen werden kann, die Röhre wieder um 2 Zoll tiefer zu legen und die frühere Weite des oberen Theils wieder herzustellen. Im Uebrigen ist vorauszusetzen, daß, da Kläger die Entziehung des Wasserzuflusses als eine Folge der vom Beklagten vorgenommenen, speciell hervorgehobenen Veränderungen darstellt, mit deren Beseitigung, wie auch Kläger selbst erwartet, der frühere Wasserzufluß aus Beklagtens Mühlgraben nach Klägers Teich von selbst wieder eintreten werde, während, wenn dies gleichwohl nicht der Fall sein sollte, der Grund hiervon in Umständen liegen müßte, welche in der Klage nicht angeführt sind, und die daher bei Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites nicht in Betracht kommen könnten.

57.

Beurtheilung von Nachzahlungsversprechen unter dem Gesichtspunkte des §. 712 des BGB.'s.

II. Sen.=Erk. vom 2. Juni 1870 no. 355|341 *).

Nachdem Th. Beklagtem eröffnet gehabt, daß er von den Klägern zu Eincassirung ihres Guthabens an ihn und zur Verhandlung mit ihm über die Bezahlung beauftragt sei, hat

a) zunächst Beklagter erklärt, er sei wenigstens momentan außer Stande, den vollen Betrag der klägerischen Forderung zu bezahlen, er könne vor der Hand seinen Gläubigern und auch den Klägern nur 50 Procent derselben in Wechselaccepten bieten, werde aber, wenn man ihm nur Zeit lasse, auch die Kläger vollständig

*) Bestätigt in IVta durch III. Sen.=Erk. vom 10. Sept. 1870 no. 79.

befriedigen, **sobald** sich seine Geschäftsverhältnisse nur einigermaßen günstiger gestalten würden.

Hierauf hat

b) Th. mit Beklagtem sich dahin geeinigt, daß letzterer ersterem unter derselben Acceptation versprochen, 50 Procent der klägerischen Forderung sofort baar, deren Rest aber, **sobald ihm dies nur irgend möglich** sei, zu bezahlen. Es hat auch Beklagter an Th. wirklich sofort 243 Thlr. 10 Ngr. 5 Pfg. baar bezahlt.

Endlich soll

c) Beklagter nicht nur vor, sondern auch nach Ausstellung der ihm von Th. über den gezahlten Betrag ausgestellten Quittung dem nurgenannten Th. unter dessen Acceptation wiederholt versprochen haben, daß er die zweite Hälfte der klägerischen Forderung bezahlen wolle und werde, **sobald sich die Lage seines Geschäftes nur irgend verbessere.**

Alle diese Erklärungen, welche Beklagter bezüglich der Bezahlung des Restes seiner Schuld an die Kläger gethan haben soll, weisen nun ihrer Fassung nach schon an sich darauf hin, daß es nicht in der Absicht gelegen habe, eine Uebereinkunft zu treffen, darauf berechnet, das Recht der Kläger, den Rest ihrer Forderung **überhaupt** zu erlangen, von dem Eintritte besserer Vermögensverhältnisse auf Seiten Beklagtens, als einer **Bedingung** abhängig zu machen, also den Klägern für den Fall, daß sie gemeint wären, von Beklagtem die Bezahlung des Restes seiner Schuld zu beanspruchen, den förmlichen Beweis des erfolgten Eintritts besserer Vermögensverhältnisse anzusinnen, daß vielmehr die Intention Beklagtens nur dahin gegangen, bezüglich des Restes der klägerischen Forderung wegen augenblicklicher Geldverlegenheit vor der Hand Gestundung zu erlangen.

Hieraus erhellt aber von selbst, daß die Frage, ob Beklagter gegenwärtig im Stande sei, den Klägern gerecht zu werden, lediglich in der Executionsinstanz ihre Beantwortung finden kann.

Es tritt jedoch noch folgende weitere Erwägung hinzu:

Von den obigen Erklärungen Beklagtens nämlich würde sich der unter a schon deshalb eine Bedeutung nicht beilegen lassen, weil sie eben eine einseitige Erklärung Beklagtens gewesen und

Kläger nirgends zugestanden, daß sich ihr Bevollmächtigter Th. mit solcher zufrieden bezeigt hätte.

Dagegen würde das Versprechen Beklagtens unter b, welches Th. ausdrücklich acceptirt haben soll, seinem Wortlaute nach recht eigentlich als ein solches erscheinen, welches unter die Bestimmungen in §. 712 des BGB.'s fällt und hiernach die Wirkung hat, daß der Schuldner in angemessenen, nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Fristen zu erfüllen hat, jedoch vor Ablauf eines halben Jahres nach Entstehung der Schuld zur Zahlung nicht angehalten werden könne.

Endlich würde, der Uebereinkunft unter b gegenüber, das Versprechen unter c — wenn man demselben überhaupt einen anderen, Beklagtem günstigeren Sinn, als den unter b beilegen wollte — und dessen Acceptation den Klägern unter allen Umständen nicht zum Nachtheile gereichen können. Denn insoweit, als dasselbe, was übrigens Kläger nicht einmal bestimmt behauptet, vor der Uebereinkunft unter b ertheilt worden sein soll, würde es durch die spätere Uebereinkunft unter b seine Erledigung gefunden haben. Wäre es aber erst nach der Uebereinkunft unter b erfolgt, so würde aus dessen Acceptation schon an sich noch keineswegs ohne Weiteres ein Verzicht auf die durch die letztere Uebereinkunft erlangten Rechte abgeleitet werden dürfen. In jedem Falle fehlt es an allen Unterlagen für die Annahme, daß Kläger mit ihrem Anführen Bl. einzuräumen beabsichtigt, es sei hinterdrein von der obigen Uebereinkunft wieder abgegangen und ein Beklagtem vortheilhafteres Abkommen getroffen worden.

58.

Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten — BGB. §. 853 — wenn letzterer eine Genossenschaft?

II. Sen.-Erk. vom 19. Mai 1870 no. 322/310.

Die vorige Instanz scheint es als selbstverständlich angesehen zu haben, daß die Vertragsstipulation, wonach Beklagter bei Erkaufung des Grundstücks Fol. 100 des Grundbuchs für Lichtenhain von der dasigen politischen Gemeinde sich dieser gegenüber verpflichtet

hat, die Compagnie der dort wohnhaften Pferdehalter, Sesselträger und Führer gegen Gewährung eines billigen Pachtgeldes auf dem von denselben zeither benutzten Raume auch für die Zukunft, und zwar so lange, als das Schweizerführerwesen noch unter Controle der Amtshauptmannschaft Pirna und des GA.'s Schandau stehe, zur Ausübung ihres Dienstes zu dulden, den jedesmaligen Mitgliedern der gedachten Compagnie zu gute komme. Dieser Ansicht, von welcher dem Anscheine nach auch die erste Instanz ausgegangen ist vermag das OAG. nicht beizupflichten. Daß die Compagnie eine juristische Person sei, ist von den Beklagten nicht behauptet worden, vielmehr nennen sie dieselbe eine Genossenschaft und nach dem von ihnen beigebrachten Protokolle und nach Demjenigen, was sonst noch aus den Acten über die Organisation der Compagnie erhellt, sowie nach den Anführungen der Beklagten kann nicht anders angenommen werden, als daß die Compagnie sich lediglich als eine, in privatrechtlicher Beziehung nach den von der Societät geltenden Grundsätzen zu beurtheilende Vereinigung der obrigkeitlich verpflichteten Schweizerführer zu Lichtenhain auffassen läßt. Es entsteht hiernach die Frage, ob zu Gunsten eines derartigen, mit juristischer Persönlichkeit nicht ausgestatteten Personenvereins ein Vertrag mit der Wirkung geschlossen werden könne, daß nicht blos diejenigen Personen, welche zur Zeit des Vertragsschlusses Mitglieder des Vereines sind, sondern auch die später eintretenden Mitglieder Rechte für sich daraus abzuleiten befugt sind. Nach Ansicht des OAG.'s ist die Frage zu verneinen. Nach §§. 853 flg. des BGB.'s, welches das Rechtsinstitut der Verträge zu Gunsten Dritter in derjenigen Gestaltung wiedergiebt, die dasselbe schon in der früheren Praxis angenommen hatte, und deshalb, wenn schon auf die hier fragliche Vertragsbestimmung nicht unmittelbar anwendbar, doch unbedenklich der Entscheidung zu Grunde gelegt werden kann, besteht das Wesen des Vertrags zu Gunsten eines Dritten darin, daß Derjenige, welcher einem Andern die Leistung an den Dritten verspricht, nicht blos seinem Mitcontrahenten, sondern auch dem Dritten selbst verpflichtet sein will, dergestalt, daß der Dritte sich jederzeit in der Lage befindet, durch seinerseitigen Beitritt zu dem Vertrage sich ein von dem Willen des Stipulator unabhängiges selbstständiges Recht



aus dem Vertrage zu verschaffen. Letzterer setzt daher wesentlich voraus, daß Derjenige, welchem der Promittent leisten soll, genau bestimmt werde, und ein schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenes Rechtssubject sei. Denn eine obligatio kann nur zwischen bestimmten Personen begründet werden, und es ist deshalb die Absicht, irgend einer, vorläufig noch völlig ungewissen und erst durch den Eintritt künftiger Ereignisse zu bestimmenden Persönlichkeit oder auch einer Mehrheit von zunächst unbestimmt gelassenen Personen durch den Vertragsabschluß verbindlich zu werden, rechtlich nicht denkbar und jedenfalls nicht realisirbar.

Ebensowenig können derartige unbestimmte Personen, welche vorerst noch gar nicht in der Lage sind, dem Vertrage ihrerseits beizutreten, ohne Weiteres durch letzteren berechtigt werden, am wenigsten solche, welche zur Zeit des Vertragsabschlusses als Rechtssubjecte noch gar nicht existiren. Vielmehr muß ein Vertrag zu Gunsten Dritter, insoweit in Ansehung Derer, welchen er zu Gute gehen soll, eine Unbestimmtheit der bezeichneten Art vorliegt, als rechtlich unwirksam angesehen, es kann derselbe insoweit auch durch spätere Hebung der Unbestimmtheit nicht giltig werden.

§. 104 des BGB.'s.

Das OAG. ist demgemäß der Meinung, daß auf die eingangsgedachte Vertragsstipulation nicht die jedesmaligen Mitglieder der Compagnie der Schweizerführer zu L., zu denen ja dann folgerichtig auch solche nachmalige Mitglieder zu rechnen wären, die zur Zeit des Vertragsschlusses noch gar nicht geboren waren, sondern nur diejenigen Personen ein Recht gründen können, welche zu dem bemerkten Zeitpunkte bereits Mitglieder der Compagnie gewesen sind.

59.

Blos verabredete oder bereits erfolgte Cession? — BGB. §§. 953 flg. — Die Bestimmung des BGB.'s §. 438 in Bezug auf hypothekarische Forderungen kann von dem Creditwesen des Cedens nicht gegen den Cessionar angerufen werden, wenn die cedirte, mit dem Rechtstitel auf hypothekarische Sicherstellung

verbundene Forderung, zur Zeit der Cession noch nicht dingliche Qualität hatte.

II. Sen.-Erk. vom 2. Juni 1870 no. 354|349 *).

Schon von den vorigen Instanzen ist erschöpfend ausgeführt worden, daß bei Beurtheilung der Gültigkeit des von dem Gemeinschuldner mit dem Erblasser der Klägerin abgeschlossenen, die Cession der streitigen Forderung von 1500 Thalern cum annexis betreffenden Rechtsgeschäfts von Anwendung der für den Uebergang hypothekarischer Forderungen geltenden Vorschriften in §. 84 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 und in §. 438 des BGB.'s gänzlich abzusehen ist, weil zu der Zeit, als dem Klagvorbringer zufolge die Abtretung der fraglichen Forderung vereinbart ward (in der Zeit vom 1. October 1864 bis 1. Mai 1865), diese den Charakter einer auf dem zwischen dem Gemeinschuldner und C. G. S. zu Meißen abgeschlossenen Grundstückskaufe beruhenden, rein persönlichen, wenn auch mit dem Rechtstitel auf hypothekarische Sicherstellung verbundenen Forderung hatte, und erst seit dem Zeitpunkte, zu welchem nach den mehrjährigen Weiterungen des Dismembrationsverfahrens die vom Beklagten vertretene Concursmasse des Verkäufers die Realisirung jenes Rechtstitels durch Hypothekeneintrag auf dem neu angelegten Folium erwirkt hatte (unterm 30. October 1868), dieselbe eine dingliche Qualität annahm.

Mit Recht sind deshalb die vorigen Instanzen von der Ansicht ausgegangen, daß die Frage, ob der Klägerin Erblasser durch den vor dem zuletzt gedachten Zeitpunkte mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag berechtigter Inhaber der Forderung und somit auch des mit ihr verbundenen Anrechtes auf hypothekarische Eintragung geworden, lediglich nach den allgemeinen außerhalb des Hypothekenrechtes stehenden Grundsätzen über Abtretung von Forderungen zu beantworten sei. Sie sind aber zu der Anerkennung des dem Cessionar durch diesen Vertrag erworbenen Forderungsrechtes nur um deswillen nicht gelangt, weil sie in dem Klagvorbringen die Beziehung auf eine bereits wirklich erfolgte, nicht blos verab-

*) Bestätigt in IVta durch III. Sen.-Erk. vom 10. Sept. 1870 no. 78.

handelte Abtretung der Forderung vermissen, beziehentlich annehmen, es sei die Cession über das Stadium präparatorischer Verhandlungen nicht hinausgekommen oder es liege darüber, daß der Cessionar die Forderung künftig für sich und zu seinem eigenen Nutzen geltend zu machen berechtigt sein solle, eine vollendete vertragsmäßige Willensübereinstimmung der Betheiligten nicht vor.

In dieser Beziehung hat man jedoch den vorigen Instanzen beizutreten nicht vermocht.

Ob ein Veräußerungsgeschäft über eine Forderung die Abtretung derselben schon in sich mit enthalte, oder ob es, um die Abtretung zu erzeugen, neben demselben noch einer besonderen Erklärung des abtretenden Gläubigers dahin, daß die Forderung abgetreten sein solle, bedürfe, hängt, wie die zweite Instanz ganz richtig bemerkt, von den Umständen des einzelnen Falles, von der Natur des Rechtsgeschäfts und von der ausdrücklich erklärten oder sonst erkennbaren Absicht der Contrahenten ab. Die Cession bezweckt nur die Vollziehung des Rechtsgeschäfts, aus welchem das Recht auf die Abtretung entspringt, indem sie den Moment feststellt, mit welchem die abzutretende Forderung aus dem Vermögen des abtretenden Gläubigers heraus und in das des Cessionars dergestalt übergeht, daß nunmehr — im Verhältniß der Contrahenten unter einander — dem Letzteren allein das volle Recht der Verfügung über sie zusteht. Sie ist nach heutigem Rechte kein Formalact, und es bedarf daher nicht einmal eines in Worte gefaßten Ausdrucks der Absicht des Cedenten, der Verfügung zu Gunsten des Cessionar sich zu begeben, wenn nur diese Absicht aus dem der Abtretung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte klar hervorgeht oder sonst nach Lage der Sache als unzweifelhaft angesehen werden kann.

In dem vorliegenden Falle ist nach den Anführungen der Klage zwischen dem Erblasser und dem Gemeinschuldner durch Vermittelung des Advocat Dr. S. zu Dresden, des damaligen Sachwalters beider Theile, eine vollständige Einigung darüber zu Stande gekommen, daß Ersterer die dem Letzteren an seinen Abkäufer S. zustehende Kaufgeldforderung von 1500 Thalern mit versprochenen Zinsen vom 15. October 1864 ab gegen Zahlung gleich hoher

Valuta erwerben solle. Zu der Perfection dieses Forderungskaufs ist die Willensübereinstimmung der Parteien in den wesentlichen Erfordernissen, Sache, Preis und Veräußerungs-, beziehentlich Erwerbungs-Wille, eben so gewiß genügend, als andererseits eine thatsächliche Einsetzung des Cessionars in das ihm abgetretene Recht, wie solche bei dem Kaufcontracte über körperliche Sachen durch Besitzübertragung oder Einweisung erfolgt, zu dessen Ausführung entbehrlich. Auch die Vollziehung einer den Abtretungsvertrag bestätigenden Urkunde ist, außer im Falle entgegengesetzter Vereinbarung (BGB. §. 823), nicht zur Gültigkeit des Geschäfts selbst erforderlich, sondern blos zu dessen Beweise, beziehentlich zu der Legitimation des neuen Gläubigers gegenüber dem abgetretenen Schuldner gewöhnlich. An sich braucht der abtretende Gläubiger nur sich jeder ferneren Einwirkung auf das betreffende Schuldverhältniß vertragsgemäß (BGB. §. 968) zu enthalten, um dem neuen Gläubiger die Füglichkeit voller Verfügung über die abgetretene Forderung zu verschaffen. Unter solchen Umständen,

Siebenhaar in der Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. 28, S. 315,

ist eine Voraussetzung dafür, daß gleichwohl die Betheiligten einen an sich unnöthigen Act, die Erklärung des abtretenden Gläubigers, daß der neue Gläubiger nunmehr diese Verfügung habe, zu Erreichung ihres Vertragszweckes für nöthig befunden haben, nicht begründet. Sie findet auch in den hier fraglichen Verhandlungen, wie solche in Klagabschnitt 4 flg. dargestellt sind, nach der Ansicht des OAG.'s keine ausreichende Unterstützung. Alle Herauslassungen der contrahirenden Theile ergeben nur, daß sie während der Verhandlung und bis zum Abschluß des Vertrags die Abtretung noch nicht als vollzogen und abgemacht, nicht auch, daß sie neben der Perfection des Vertrags noch einen besonderen Cessionsact für erforderlich erachtet oder vorzunehmen beabsichtigt haben. Selbst der schließlich vom Gemeinschuldner dem Dr. S. ertheilte Auftrag, diese Cessionsangelegenheit in der mit der Klägerin Erblasser vereinbarten Weise zu ordnen, läßt höchstens darauf schließen, daß der Gemeinschuldner den nunmehr zu Stande gekommenen Forderungskauf nicht für erfüllt angesehen habe, solange ihm der Kaufpreis

noch nicht gewährt sei, was mit der vorausgegangenen Anfrage des Dr. S. an der Klägerin Erblasser und der bezüglichen Erwiederung des Letzteren übereinstimmt, insofern in beiden die Zahlung der 1500 Thaler an den Gemeinschuldner und die Cession seiner Forderung im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung erscheinen.

Richtig ist nun zwar, daß, wie bereits Bl. ausgeführt worden, die Behauptung in Klagabschnitt 16, es seien hierauf auch die 1500 Thaler vom Dr. S. an den dermaligen Gemeinschuldner „gewährt" worden, ihrer Vieldeutigkeit halber für den darüber gebrauchten Eidesantrag ungeeignet ist, und wenn der Eintritt der Voraussetzung, unter welcher der Gemeinschuldner die verkaufte Forderung als abgetreten und in das Vermögen des Cessionars übergegangen ansehen wollte, ausschließlich auf der gedachten Behauptung beruhte, so wäre den vorigen Instanzen in der erkannten Abweisung der Klage unbedenklich beizutreten gewesen. Man hat aber in jetziger Instanz eine Ergänzung dieses Mangels in dem Vorbringen der Klagabschnitte 17—21 gefunden.

Hätte R. selbst oder kraft des laut Klagabschnitts 15 erhaltenen Auftrags Dr. S. den abgetretenen Schuldner S. in der Zeit bis zum 1. Mai 1865, mit ausdrücklichen Worten davon in Kenntniß gesetzt, daß Ersterer die ihm zustehende Kaufgelderforderung von 1500 Thalern mit Zinsen vom 15. October 1864 an den Erblasser der Klägerin cedirt habe, so wäre dadurch sowohl die vorerwähnte als jede andere Voraussetzung, gleichviel, ob sie wirklich eingetreten oder von den Interessenten wiederum fallen gelassen worden, wenigstens für den gegenwärtigen Rechtsstreit erledigt. Denn in diesem handelt es sich nicht um Erfüllung des Vertrags, beziehentlich Zahlung des Kaufpreises, sondern um Anerkennung des durch die Vertragserfüllung dem Erblasser der Klägerin erworbenen Rechtsstandes. Die Wahrheit jener Klagbehauptung vorausgesetzt, kann es nicht weiter fraglich sein, ob der Gemeinschuldner die nach der Ansicht der vorigen Instanzen erforderliche Abtretung als eine bereits erfolgte betrachtet habe. Daß die Erklärung nicht dem Erblasser der Klägerin selbst, sondern dem abgetretenen Schuldner gegenüber abgegeben worden ist, thut ihrer

rechtlichen Wirkung keinen Eintrag. Sie enthält nicht ein bloßes Zugeständniß, sondern einen Dispositionsact des abtretenden Gläubigers, der dadurch den Schuldner der Verbindlichkeit gegen ihn selbst entlassen und zugleich an den neuen Gläubiger gewiesen hat, was der Natur der Sache gemäß nur durch Verhandlung mit dem Schuldner mit voller Sicherheit geschehen konnte. Ob der Gemeinschuldner demungeachtet auf sein früheres Forderungsrecht an S. habe zurückkommen wollen, solange nicht der Klägerin Erblasser, wie erst in der Replik Bl. behauptet worden, durch Zinsenerhebung oder sonst in ein unmittelbares Rechtsverhältniß zu S. getreten war, kann dahingestellt bleiben, weil solches in keinem Falle vermuthet werden darf, Beklagter aber auf ein derartiges Vorkommniß sich zu beziehen nicht vermocht hat, mithin auch gegen die von ihm vertretene Gläubigerschaft die Annahme gelten lassen muß, daß schon zur Zeit des Concursausbruchs die streitige Forderung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners in das des Erblassers der Klägerin übergegangen gewesen sei.

60.

Einrede der Aufrechnung mit der Forderung des Cessus an den Cedens gegenüber dem Cessionar. — BGB. §§. 975, 990.

II. Sen.-Erk. vom 2. Juni 1870 no. 362/345.

Der Beklagte wird in seinem Beweise mit darzulegen haben, daß zu der Zeit, wo er Kenntniß von der Cession erlangt, die Ausflucht der Compensation wider den Cedenten begründet gewesen sei (§. 975 des BGB.'s). Daß der Cedent zu dieser Zeit bereits durch eine Mahnung in Verzug gesetzt gewesen sei, ist nach §§. 975 und 990 nicht erforderlich.

61.

Ratihabition eines vom Ehemanne Namens der Ehefrau geschlossenen Vergleichs Seiten der Letzteren? — BGB. §. 1340.

II. Sen.-Erk. vom 2. Juni 1870 no. 323/344.

Wenn es in Wahrheit beruhen sollte, daß Klägerin alsbald

nach Abschluß des Vergleichs von ihrem Ehemanne davon, welches Abkommen derselbe in ihrem Namen mit dem Beklagten getroffen, in Kenntniß gesetzt worden war und nachher, wenn auch erst nach Verlauf einiger Wochen, gegen ihren Ehemann in der im 51. Art. angegebenen Weise*) sich ausgesprochen, so würde eben soviel gewiß sein, daß sie das Abkommen ratihabirt habe. Die Ansicht der vorigen Instanz, daß das gedachte Anführen unbeachtlich sei, weil die bezügliche Aeußerung von der Klägerin nicht dem Beklagten, sondern nur bei Gelegenheit eines Zwiegesprächs dem Ehemann gegenüber abgegeben worden sein solle und deshalb nicht geeignet sei, einen Schluß auf die Willensmeinung der Klägerin, den Vergleich als sie bindend ansehen zu wollen, zu rechtfertigen, vermag man nicht zu theilen, denn einerseits war gar nicht ausbedungen, daß der Vergleich nur dann bindend für Klägerin sein solle, wenn diese dem Beklagten selbst gegenüber ihre Genehmigung erklären würde, und andererseits war nach der Darstellung des Beklagten der Vergleich mit im Interesse des Ehemannes der Klägerin abgeschlossen worden.

62.

Gleichzeitige Klage gegen den Hauptschuldner und den Bürgen, welcher der Vorausklage entsagt hat. — BGB. §. 1449.

II. Sen.-Erk. vom 3. Juni 1870 no. 342|355.

Mitbeklagter folgert: weil beim Gesammtschuldverhältnisse der Gläubiger die Wahl habe, von allen oder von einigen der Gesammtschuldner oder von einem derselben — auch bei theilbaren Leistungen — das Ganze zu fordern, das Rechtsverhältniß aber zwischen dem Gläubiger einerseits, dem Hauptschuldner und dem Bürgen, welcher, wie dies vom Mitbeklagten geschehen ist, auf das Recht der Vorausklagung verzichtet, bez. sich als Mitschuldner

*) Beklagte sollte gegen ihren Ehemann einige Zeit nach Mittheilung vom Vergleiche gesagt haben: „es sei am Besten, daß er sich in dieser Weise mit dem Beklagten verglichen habe."

verpflichtet hat, andererseits, hierdurch noch nicht die Natur eines Gesammtschuldverhältnisses annehme, nun auch die gleichzeitige Ausklagung des Hauptschuldners und des Klägers nicht zulässig sei. Dieser sog. Umkehrungsschluß erscheint schon um deswillen als unrichtig, weil dabei nicht gleichartige, vielmehr wesentlich verschiedene Rechtsverhältnisse zu Grunde gelegt werden. Aus der rechtlichen Natur der Bürgschaft und insbesondere aus dem accessorischen Charakter derselben (§. 1449 des BGB.'s) folgt zwar im Verhältnisse des Gläubigers zum Hauptschuldner und zum Bürgen:

a.

daß durch Tilgung der Hauptschuld der Bürge und durch Zahlung des Bürgen der Hauptschuldner befreit werde;

b.

an sich der Bürge verlangen kann, daß, bevor er bei fälliger Hauptschuld in Anspruch genommen wird, zuvörderst die Ausklagung des Hauptschuldners bewirkt werde.

Ist aber der Bürge wegen besonderer Umstände — namentlich weil er sich, wie im vorliegenden Falle, als Selbstschuldner verbürgt, bez. auf die Vorausklagung verzichtet hat — der gedachten Rechtswohlthat verlustig, so folgt hieraus noch in aller Wege nicht, daß der Gläubiger nunmehr in seinem Rechte, sich unmittelbar an den Bürgen zu halten, der Beschränkung unterworfen sei, daß er gleichzeitig neben der Verfolgung des Hauptschuldners die Verfolgung des Bürgen nicht eintreten lassen dürfe, während doch durch die gleichzeitige Verfolgung des Hauptschuldners und des des Rechtes der Vorausklagung verlustigen Bürgen lediglich der Vortheil des letzteren erreicht wird, da nach dem bei a Bemerkten dem Bürgen gegenüber hierdurch jedenfalls die Möglichkeit erhöht wird, daß er durch die vom Hauptschuldner bewirkte Leistung — ganz oder zum Theil — noch von der Last der Bürgschaft befreit werde. Gesetzliche Bestimmungen, welche eine solche Beschränkung des Gläubigers erkennen ließen, sind ebenmäßig nicht vorhanden. Man hat hiernach gegenwärtig, auch was die in Frage kommende Haftung des Mitbeklagten anlangt, die von voriger Instanz ausgesprochene Verurtheilung für gerechtfertigt zu achten gehabt.

63.

Ueber die Einrede der Vorausklage. — BGB. §. 1461*).

A.

II. Sen.-Erk. vom 24. Febr 1870 no. 92|55.

Die Beklagten haben das in der Klage behauptete bürgschaftliche Schuldverhältniß bei den Abschnitten 16—25 geleugnet und den über die Klage angetragenen Eid in dieser Beziehung angenommen, daneben aber zugleich die Einrede der Vorausklage vorgeschützt. In den Entscheidungen der beiden vorigen Instanzen ist diese Einrede zurückgewiesen worden und zwar von der ersten Instanz deshalb, weil hier die Prozeßregel: negans non excipit jurejurando delato et acceptato Anwendung zu leiden habe, von der zweiten Instanz um deswillen, weil nach einem feststehenden Gerichtsbrauche der Bürge, welcher die bürgschaftliche Verpflichtung wider die Wahrheit abläugne, der Rechtswohlthat der Vorausklage verlustig gehe.

Nun kann jedoch zunächst die angezogene Prozeßregel in einem Falle der vorliegenden Art nicht Platz ergreifen. Denn die Einrede der Vorausklage ist ihrem Wesen nach nichts Anderes als eine Berufung auf die gesetzliche Vergünstigung, vermöge welcher der Bürge solange, als nicht der Hauptschuldner von dem Gläubiger ausgeklagt worden, die Zahlung der bürgschaftlichen Schuld abzulehnen befugt ist. Es handelt sich demnach bei dieser Einrede um die Geltendmachung eines den Anspruch aus der Bürgschaft hemmenden Rechtsbehelfes, welcher ohne Weiteres in Liquidität beruht, so daß dem daraus abgeleiteten Einwand die Bedeutung einer prozeßhindernden Ausflucht zukommt. Nach der Vorschrift der APO. tit. XI, §. 7 verb. mit der Erl.PO. ad tit. XI, §. 1 waren daher die Beklagten der Verpflichtung zur Einlassung auf die Klage an sich enthoben und wenn dieselben gleichwohl diese

*) Das Erkenntniß 3. Instanz, dessen Rationen oben sub A mitgetheilt sind, wurde in IV^ta^ bestätigt und zu Ausführung das unten sub B Gegebene bemerkt.



Einlassung bewirkt haben, so ist solches offenbar nur vorsorglich geschehen, und das in der Erl.PO. ad tit. XVI, §. 3 für den Fall der verneinenden Beantwortung einer Gewissensklage angedrohte Präjudiz kann selbstverständlich gegen sie nicht eintreten.

Ebensowenig läßt sich aber dem Gerichtsbrauche, welchen die zweite Instanz als maßgebend angesehen hat, bei dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung,

Siebenhaar's Commentar zu dem BGB. Bd. II, S. 369 und 370 2. Aufl.,

annoch einige Geltung beilegen. Derselbe fußt bekanntlich auf einer von den Lehrern des römischen Rechtes schon seit älterer Zeit und fast allgemein,

Girtanner, die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, S. 239 flg. und 453 flg.,

für zulässig erachteten analogen Ausdehnung der Vorschriften in der l. 10, §. 1 D. de fidejuss. (46, 1), nach welcher letzteren dem Bürgen, der die Bürgschaft arglistiger Weise leugnet, das auxilium divisionis nicht zu Statten kommen soll, und außer dieser Vorschrift ist, was speciell die sächsische Praxis anlangt,

Gottschalk, discept. for. Tom. I, pag. 278 seq.,

zu Rechtfertigung des von derselben bisher befolgten Grundsatzes, daß ein frivoles Leugnen der Bürgschaft den Bürgen auch der Rechtswohlthat der Vorausklage verlustig mache, noch die Disposition in dem Eingange von §. 3 ad tit. XVI der Erl.PO. herbeigezogen worden. In der zuletztgedachten Disposition kann indessen eine geeignete Unterlage für jenen Grundsatz nicht füglich gefunden werden. Denn obwohl durch dieselbe „Dasjenige, was sonsten in denen Rechten von denen Strafen der Inficiation gar heilsamlich verordnet ist, insgemein bestätigt" wird und der Umstand, daß unter den dort „besonders" herausgehobenen, den römischen Rechtsquellen entnommenen einzelnen Bestimmungen, welche dergleichen Strafen verhängen, die oben citirte l. 10, §. 1 D. de fidejuss. nicht mit aufgezählt ist, bei dem exemplicativen Charakter dieser Aufzählung keinen Anstoß erregt, vielmehr die Annahme, daß die ebenerwähnte Digestenstelle gleichfalls unter die ausgesprochene Bestätigung der in den Rechten geordneten Strafen des dolosen

Leugnens zu subsumiren sei, ohne Bedenken sich rechtfertigen lassen würde, so erscheint es doch zweifellos unthunlich, zu den durch die Erl.PO. an dem angegebenen Orte bestätigten Pönalbestimmungen auch die in der Praxis gebilligte analoge Ausdehnung jener Digestenstelle auf das beneficium ordinis mit zu rechnen. Eine bestimmte Vorschrift, welche dem Bürgen wegen frivolen Leugnens der Bürgschaft die Rechtswohlthat der Vorausklage entzöge, existirt demnach in der sächs. Prozeßgesetzgebung nicht. Soviel dagegen die vorbemerkte Analogie selbst betrifft, so ist gegenwärtig die Basis derselben insofern gänzlich weggefallen, als nach dem BGB. das beneficium divisionis dem Bürgen nicht mehr zusteht, mithin auch das leitende Princip, welches dahin geführt hat, für den Fall des wahrheitswidrigen Leugnens der Bürgschaft die Rechtswohlthat der Theilung auszuschließen, nicht weiter als fortwirkend und in Bezug auf das beneficium excussionis als maßgebend angesehen werden darf. Da übrigens dieses Princip voraussetzlich nur in Bestimmungen des materiellen Rechtes zu suchen sein würde, läßt sich nicht, wie in der vorigen Entscheidung geschehen, davon ausgehen, daß der erwähnte Gerichtsbrauch lediglich dem Prozeßrechte angehöre, und deshalb durch das BGB. keine Aenderung erfahren habe.

B.

III. Sen.-Erk. vom 11. Juni 1870 no. 45|45.

Der dem angefochtenen Erkenntnisse zu Grunde liegenden, in neuester Zeit durch einen Plenarbeschluß des Civilsenats des OAG.'s festgestellten Ansicht, daß der Bürge durch Leugnen der Bürgschaft der Rechtswohlthat der Vorausklage nicht verlustig gehe, hat auch die gegenwärtige Instanz beipflichten müssen.

Wenn man nämlich, wie zahlreiche ältere Präjudizien an die Hand geben, in der sächs. Praxis früher die gegentheilige Meinung befolgte, so rechtfertigte man dies dadurch, daß man theils auf die Vorschrift in der Erl.PO. ad tit. XVI, §. 3 Bezug nahm, theils behauptete, es sei die zunächst nur das beneficium divisionis betreffende Bestimmung in der l. 10, §. 1 D. de fidejussor. et mandator. (46, 1):

„Ita demum inter fideijussores dividitur actio, si non infitientur, nam infitiantibus auxilium divisionis non est indulgendum“ analog auch auf das beneficium excussionis anzuwenden.

Die angezogene Stelle der Erl.PO. beschränkt sich indessen einfach darauf, Dasjenige, was sonsten von denen Strafen der Inficiation in denen Rechten und besonders in gewissen von ihr citirten Stellen des corpus juris — unter welchen sich übrigens die l. 10, §. 1 D. de fidej. et mandator. nicht einmal mit befindet — gar heilsamlich verordnet ist, zu bestätigen, und es läßt sich daher aus solcher, eben weil sie nur auf das gemeine Recht verweist, mithin nach ihr immer erst wieder zu untersuchen ist, was das gemeine Recht eigentlich vorschreibt, ein selbstständiges Beweismoment überhaupt nicht ableiten.

Anlangend aber die l. 10, §. 1 cit. — die einzige Bestimmung des gemeinen Rechts, welche hierher gezogen werden könnte — so muß es schon an sich erheblichen Bedenken unterliegen, eine reine Pönaldisposition analog anzuwenden. Jedenfalls kann von einer solchen analogen Anwendung in Sachsen nicht mehr die Rede sein, wo seit Inkrafttretung des BGB.'s den Bürgen das auxilium divisionis gar nicht zusteht, mithin jene gesetzliche Bestimmung von selbst ihre Erledigung gefunden hat. Denn man kann nur Gesetze, welche noch gelten, nicht Gesetze, welche ihre Geltung verloren haben, analog anwenden.

Es tritt jedoch noch ein sehr erhebliches Moment hinzu. Das BGB. zählt nämlich in §. 1462 die Fälle speciell auf, in welchen das Recht des Bürgen auf die Vorausklage cessiren soll, ohne dabei des Falles, wenn die Bürgschaft geleugnet worden, irgendwie Erwähnung zu thun. Muß nun nothwendig davon ausgegangen werden, daß diese Aufzählung der Fälle des Wegfalls eine vollständige sein sollen, und berechtigt nichts zu der Annahme, daß das BGB. den Bürgen auch noch in anderen, als den von ihm angeführten Fällen des beneficii excussionis verlustig wissen wollen, so folgt von selbst, daß es unzulässig erscheint, durch Berufung auf das gemeine Recht noch weitere Wegfallsgründe zu schaffen. Es mag auch hiergegen nicht etwa darauf sich berufen werden, daß das BGB. kein Prozeßgesetz sei. Denn die Frage, ob und unter welchen



Voraussetzungen dem Bürgen das beneficium excussionis zusteht, ist recht eigentlich eine materiell rechtliche, und es darf umsomehr vorausgesetzt werden, daß das BGB., hätte es beabsichtigt, dem die Bürgschaft leugnenden Beklagten jene Rechtswohlthat abzuschneiden, dies ausdrücklich ausgesprochen haben würde, als dasselbe bei andern Gelegenheiten über die Folgen des Leugnens Bestimmungen getroffen hat.

Vergl. §§. 300 und 1533.

Hiernach und da die Behauptung, der Hauptschuldner sei schon von Anderen vergeblich ausgeklagt worden, bereits in die Klage gehört hätte, da ferner Klägerm im vorliegenden Falle auch nicht die Regel: „negans non excipit, jurejurando delato et acceptato" zur Seite steht, indem diese Regel bei sog. exceptionibus juris, welche einfach durch die Berufung auf das Gesetz sofort in Liquidität gesetzt werden, überhaupt nicht Platz ergreift, war das vorige Urthel, ohne daß es erst einer näheren Prüfung bedurft hätte, ob nicht der Schlüssigkeit der Klage überdies noch andere Bedenken entgegenstehen, lediglich zu bestätigen.

64.

Ueber die Bürgschaft „nur auf eine bestimmte Zeit." — BGB. §. 1467.

II. Sen.-Erk. vom 20. Jan. 1870 no. 950|953 v. 1869.

Es wird in §. 1467 des BGB.'s in allen wesentlichen Punkten in Uebereinstimmung mit den aus der 19. Const. P. II. v. J. 1572 (C. A. I. S. 91) zu entnehmenden Bestimmungen des früheren sächs. Rechtes, die Beschränkung der Bürgschaft auf eine bestimmte Zeit behandelt. Um den angegebenen Gesichtspunkt schärfer hervorzuheben, zu erläutern und gegen Mißverständnisse sicher zu stellen, werden als einzelne Fälle, in welchen eine solche Beschränkung anzunehmen ist, theils die der Bürgschaft beigefügte Zeitbestimmung, theils die bestimmte Dauer des Hauptvertrags aufgeführt. Es kann wegen der hierbei in Betracht kommenden Rechtsgrundsätze auf die auch gegenwärtig noch zutreffenden Ausführungen in den

Annalen N. F. Bd. V, S. 139

verwiesen werden, und ist im Uebrigen zu vergleichen

Siebenhaar, Commentar ꝛc. ed. II, Th. II, S. 371 zu §. 1467.

Nun ist ohne weitere Ausführung klar, daß in der Urkunde unter) die Feststellung eines bestimmten Endtermines für die Dauer der durch dieselbe verbrieften bürgschaftlichen Verpflichtung nicht enthalten ist. Es ist eben bezüglich der letzteren eine nach einem derartigen Termine zu bemessende Zahlungsfrist nicht gesetzt. Es fragt sich also nur noch, ob die Hauptverbindlichkeit als auf eine gewisse Dauer beschränkt anzusehen sei. Auch diese Frage ist zu verneinen. Wenn, wie nach Maßgabe der Verbürgungsurkunde (nicht minder der Hauptschuldurkunde selbst) im vorliegenden Falle anzunehmen ist, für die in Geld zu entrichtende Hauptschuld ein bestimmter Verfalltag gesetzt wird, so hat dies nicht den Zweck, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners als eine beschränkte hinzustellen, d. h. ein Contractsverhältniß herbeizuführen, welches nach einer gewissen Zeit aufhören solle (wie z. B. Pacht, Miethe, Societät ꝛc.), wobei der Bürge zwar für die während der Zeit entstandenen Forderungen, nicht aber für die späteren haftet; sondern es hat eine Verfügung des gedachten Inhalts den Zweck, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu schärfen. Denn nach §. 736 des BGB.'s geräth der Schuldner, welcher zu einem derartigen Termine nicht Zahlung leistet, mit dessen Ablauf ohne Weiteres in Verzug, die mit letzterem verbundenen Nachtheile treten zur Hauptschuld, welche als fällig fortdauert, hinzu, und es erhöht sich somit die Verbindlichkeit des Hauptschuldners. Daß aber im Uebrigen ein Vertragsverhältniß, wornach die Tilgung eines creditirten Geldbetrages zu einem im Voraus bestimmten Tage erfolgen muß, nicht als ein solches angesehen werden kann, welches nach einer gewissen Zeit aufhören soll, ist an sich deutlich.

65.

Richtung der Wiederklage gegen den Auftraggeber des Vorklägers. — Erlöschen der Bürgschaft durch eine Verschuldung des Gläubigers enthaltende Nachsichtsertheilung (BGB. §. 1466)? — Verbürgung nur auf bestimmte Zeit (BGB. §. 1467).

II. Sen.-Erk. vom 5. Mai 1870 no. 264|261.

Das vorliegende Rechtsmittel führt zunächst auf eine nochmalige Prüfung des vom Widerbeklagten erhobenen Einwandes, daß, da die in den Beilageacten verhandelte Vorklage nicht von ihm, sondern von dem vormaligen Cassirer des widerbeklagten Vereins, H., angestellt worden, die Widerklage nicht gegen ihn, den Widerbeklagten, sondern vielmehr gegen H. zu richten gewesen sei. Die vorigen Instanzen haben diesen Einwand zurückgewiesen, weil aus den eignen Auslassungen des Widerbeklagten sich ergebe, daß H. im Vorprozesse in Vertretung des Widerbeklagten geklagt habe, und die darin geltend gemachte Forderung in der That dem Widerbeklagten zustehe, und allerdings sind die Parteien über dieses Sachverhältniß einverstanden, ja es hat sogar H. selbst in dem wider diesen vom Widerkläger im Jahre 1868 angestrengten Widerklagprozesse in gleichem Sinne sich ausgesprochen. Unter solchen Umständen vermag auch das OAG. jenen Einwand als einen berechtigten nicht anzuerkennen. Zwar ist die im Vorprozesse geltend gemachte Forderung dem Vorkläger H. für seine Person zugesprochen, es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites nicht ohne Weiteres gegen H. Wirkung zu äußern vermag. Allein immerhin muß der Widerbeklagte das von ihm abgelegte Geständniß, daß H. den Vorprozeß in seinem Auftrage geführt habe und die darin geltend gemachte Forderung eine ihm selbst zuständige sei, mit allen Consequenzen gegen sich gelten lassen und er muß sich insbesondere gefallen lassen, daß er als der wahre Inhaber jener Forderung behandelt und das in der Vorklage zur vorläufigen Entscheidung gebrachte Rechtsverhältniß ihm gegenüber definitiv festgestellt werde, er muß das nach

seinem eignen Anführen im Vorprozesse auf seinen Antrieb Verhandelte mit dem Erfolge vertreten, daß er, sofern die Unrechtmäßigkeit des darin gegen Widerklägern verfolgten Anspruchs gegen ihn dargethan wird, sich nicht entbrechen kann, die durch den Vorprozeß und dessen rechtskräftige Entscheidung dem Widerkläger entstandenen Nachtheile wiederum auszugleichen. Die Statthaftigkeit einer zu diesem Behufe gegen ihn gerichteten Klage ergiebt sich hieraus von selbst, und der Umstand, daß im Vorprozesse formell H. als Kläger aufgetreten und daher auch diesem der darin geltend gemachte Anspruch durch rechtskräftiges Erkenntniß zugesprochen worden ist, kann nur auf die Fassung der eintretenden Falles gegen Widerbeklagten auszusprechenden Verurtheilung von Einfluß werden, indem dabei zu berücksichtigen sein wird, daß es sich um Beseitigung der Wirkungen eines im Vorprozesse zu Gunsten einer dritten Person ergangenen Erkenntnisses handelt, und somit das Sachgesuch einer theilweisen Berichtigung bedarf.

Kann hiernach der obige Einwand des Widerbeklagten nicht für durchschlagend erachtet werden, so stehen doch der Widerklage, wenigstens insoweit, als dieselbe auf §. 1466 des BGB.'s hat gestützt werden sollen, wesentliche Bedenken entgegen. Zunächst ist es fraglich, ob ein Bürge, welcher, wie der Widerkläger, auf die Einrede der Vorausklage verzichtet und als Selbstschuldner haften zu wollen erklärt hat, mit dem Einwande, daß der Gläubiger dem Hauptschuldner unvorsichtig Gestundung ertheilt und es selbst verschuldet habe, daß er von diesem Befriedigung nicht erlangen könne, überhaupt zu hören sei, obgleich doch ein derartiger Bürge gar keinen Anspruch darauf hat, daß der Gläubiger seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner suche, und solche nur subsidiär von ihm, dem Bürgen, fordere. Indessen kann diese Frage hier dahingestellt bleiben, weil, wenn man auch dem Widerkläger die Berufung auf die angezogene Vorschrift nicht schlechthin versagen will, die vorliegende, allenthalben auf Eid gestellte Klage eine schlüssige Begründung dafür vermissen läßt, daß die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorhanden seien. Denn daß der Hauptschuldner Fl. bei Eintritt der Fälligkeit des demselben aus der Casse des beklagten Vereins gewährten und nach dem eignen Anführen des Widerklägers

mit dessen Zustimmung bis zum 17. Mai 1866 gestundeten Darlehns noch die zu Bezahlung des letzteren erforderlichen Mittel in den Händen gehabt habe und damals von ihm überhaupt noch etwas zu erlangen gewesen sei, ist in der Klage gar nicht behauptet, vielmehr ergiebt sich aus letzterer über Fl.'s damalige Vermögensverhältnisse nur soviel, daß derselbe zu der angegebenen Zeit, am 17. Mai 1866, ein mit Hypotheken überlastetes Grundstück besessen und außer diesem bei seiner Entweichung nach Amerika, im April 1867, irgend welche Vermögensobjecte, an welche sich seine Gläubiger hätten halten können, nicht zurückgelassen hat. Eine Schuld des Gläubigers daran, daß er vom Hauptschuldner Befriedigung nicht erlangen kann, weil er demselben unzeitige Gestundung ertheilt hat, läßt sich aber doch nur dann annehmen, wenn der Hauptschuldner bei Eintritt der Fälligkeit seiner Verbindlichkeit zu deren Erfüllung noch im Stande gewesen ist, während, wenn er schon damals ganz zahlungsunfähig war, die Säumniß des Gläubigers mit Einziehung seiner fälligen Forderung einen nachtheiligen Einfluß nicht mehr gewinnen konnte. Ebendarum wird in der Schlußbestimmung von §. 1466 des BGB.'s vorausgesetzt, daß zur Zeit der Gestundungsertheilung der Vermögensverfall des Hauptschuldners nur erst droht, nicht bereits Zahlungsunfähigkeit desselben eingetreten ist. Es gehörte daher das Anführen, daß Fl. bei Eintritt der Fälligkeit seiner Darlehnsschuld noch zu deren Deckung im Stande gewesen sei, wesentlich zur Begründung der Klage, soweit solche auf den angezogenen §. 1466 gestützt ist, und in Ermangelung dieses Anführens mußte dieselbe insoweit angebrachter Maßen zurückgewiesen werden.

Soweit sich dagegen Widerkläger darauf berufen hat, daß er durch Ablauf der Zeit, auf welche er sich verbürgt habe, von der Bürgschaft frei geworden sei (§. 1467 des BGB.'s), hat man auch in jetziger Instanz die Klage als schlüssig angesehen. Die von der ersten Instanz dagegen erhobenen Ausstellungen, welche aus dem Umfange der vom Widerkläger in dem ursprünglichen Bürgschaftsdocument übernommenen Verpflichtungen hergeleitet sind, sind nicht zutreffend, weil die Widerklage in der angegebenen Beziehung auf eine nachmalige vertragsmäßige Beschränkung dieser Verpflichtungen

gegründet ist. Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß wenn in der That nach Eintritt der ursprünglich festgesetzten Zeit der Rückzahlung des Darlehns, für welches sich Widerkläger anfänglich unbeschränkt und als Selbstschuldner verbürgt hatte, zwischen diesem und dem Gläubiger vereinbart wurde, es solle Widerkläger nur noch bis zum 17. Mai 1866 für das Darlehn als Bürge zu haften haben, hierdurch die ursprüngliche Verpflichtung des Widerklägers in eine Bürgschaft auf bestimmte Zeit verwandelt wurde, während der Annahme der ersten Instanz, daß dadurch die im Bürgschaftsdocument von demselben übernommene Verhaftung als Selbstschuldner unberührt geblieben sei, schon darum nicht beigepflichtet werden kann, weil sich auf Grund des gedachten Documents doch offenbar nicht behaupten läßt, es habe Widerkläger zwei, selbstständig nebeneinander bestehende Verbindlichkeiten übernommen, deren eine ihn als Bürgen und deren andere ihn als Selbstschuldner verpflichte, in dem Documente vielmehr nur eine einzige Verpflichtung desselben ausgedrückt ist, welche als eine bürgschaftliche mit Recht bezeichnet werden kann (vergl. §. 1462 des BGB.'s).

66.

Ueber das Recht des Anwärters auf Sicherheitsleistung. — BGB. §. 2515.

II. Erk. vom 1. März 1870 no. 45/81.

Die zur Entscheidung vorliegende Frage bestand darin, ob der Kläger verbunden sei, der Tochter des Beklagten wegen der ihr in dem Testamente der K.'schen Eheleute beschiedenen 3000 Thaler Sicherheit zu leisten.

Es kann auf sich beruhen, ob Beklagtens Tochter, wenn der gegenwärtige Kläger oder dessen Sohn zu ihrem Gunsten blos mit einem Vermächtnisse beschwert worden wären, die bei Errichtung des Testaments und zur Todeszeit der verehel. K. noch in Kraft bestandene Vorschrift in §. 39 des Gesetzes vom 6. November 1843, welche den Vermächtnißnehmern wegen des ihnen Vermachten ein Recht auf Sicherstellung durch Hypothek an den Immobilien des Nachlasses einräumt, noch jetzt habe in Anspruch nehmen können,

oder ob nicht dieses Recht, weil es eine besondere, auf unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift beruhende Vergünstigung enthält, mit dem Wegfall der betreffenden, in das BGB. nicht mit aufgenommenen gesetzlichen Bestimmung, aufgehört habe. Denn es liegt ein anderer Grund, aus welchem die Tochter des Beklagten nach dem gegenwärtig bestehenden Rechte eine Sicherstellung zu fordern befugt war, darin, daß dieselbe auch nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz, wenigstens dem Kläger gegenüber nicht als Vermächtnißnehmerin, sondern als Anwärterin zu betrachten ist.

Das von den K.'schen Ehegatten errichtete Testament ist sowohl nach dem zur Zeit seiner Errichtung und des Todes der verehel. K., als auch nach dem gegenwärtig bestehenden Rechte,

Siebenhaar, Commentar Bd. III, S. 305, 311 ed. II,

ein s. g. correspectives, indem die Testamentserrichter bei ihren Verfügungen auf den Todesfall des überlebenden Ehegatten ihr beiderseitiges Vermögen zu einem Ganzen vereinigt und über den ganzen Nachlaß des überlebenden Ehegatten zu Gunsten ihres Sohnes und ihrer Enkelin disponirt haben und zwar nach §. II in der Maße, daß nach dem Tode des überlebenden Ehegatten der Sohn dessen ganzen Nachlaß erhalten, aber der Enkelin 3000 Thaler davon als großelterliches Erbtheil auszahlen solle. Daraus, daß das Erbtheil der Letzteren in einer bestimmten Summe ausgedrückt worden ist, folgt noch nicht unbedingt, daß dieselbe lediglich als Vermächtnißnehmerin zu betrachten sei. Denn der Erblasser kann auch die Bestimmung treffen, daß ein Erbe die als sein Erbtheil bestimmte Summe titulo universali empfange, und dafür, daß die K.'schen Ehegatten dies gewollt und die Festsetzung einer bestimmten Summe nur aus dem Gesichtspunkte einer testamentarisch geordneten Erbtheilung aufgefaßt haben, läßt sich der Umstand geltend machen, daß in §. I des Testaments der Sohn und die Enkelin ausdrücklich zu Erben ernannt und die gedachten 3000 Thaler als ein großväterliches Erbtheil bezeichnet werden, bei dessen Quantificirung eine Gleichstellung beider bezweckt und auf Dasjenige mit Rücksicht genommen worden ist, was der Sohn und die Mutter der Enkelin schon bei Lebzeiten beider Ehegatten erhalten hatten. Jedenfalls aber könnte man die Enkelin nur in ihrem künftigen Verhältnisse

zu dem Sohne und den Gläubigern der diesem nach dem Tode des überlebenden Ehegatten zufallenden Erbschaft als Vermächtnißnehmerin behandeln. Ob sie diesem gegenüber blos einen Anspruch auf baare Auszahlung einer Summe von 3000 Thalern oder auch einen unmittelbaren Anspruch auf die Erbschaftsgegenstände und die Verpflichtung zur antheiligen Uebertragung der Erbschaftsschulden habe, ist hier nicht zu untersuchen, weil es jetzt nicht auf dieses, sondern auf das Verhältniß der Enkelin zu dem Kläger als Universalerben seiner Ehefrau ankommt. Im Verhältniß zum Kläger ist die Enkelin nicht Legatarin, sondern, in Gemeinschaft mit ihrem Onkel, dem Sohne der Testamentserrichter, Anwärterin, weil die 3000 Thaler, welche sie dereinst als großväterliches Erbtheil erhalten soll, auf das gemeinschaftliche Vermögen beider Ehegatten, also namentlich auch auf den Nachlaß der zuerst verstorbenen Ehefrau verwiesen worden sind, hinsichtlich dessen der Kläger nur als Fiduciarerbe betrachtet werden kann.

Die Ansicht des Klägers, daß dieses Fideicommiß nur ein sogenanntes fideicommissum ejus quod superfuturum est sei, findet in dem Inhalte des Testamentes keine genügende Unterstützung. Es müßte dies im Testamente ausdrücklich so angeordnet, oder doch wenigstens eine Bestimmung getroffen worden sein, wodurch dem Fiduciar die freie Verfügung über den Nachlaß unter den Lebendigen ausdrücklich oder thatsächlich gestattet worden wäre. Dies aber ist nicht der Fall. Denn in den Worten des Testamentes §. I, daß der überlebende Ehegatte die Verlassenschaft des zuerst verstorbenen, es bestehe dieselbe worin sie wolle, an sich nehmen und erhalten solle, ist nur dasselbe gesagt, was schon vorher dadurch ausgedrückt worden ist, daß der überlebende Ehegatte der — jedoch nur fiduciarische — Universalerbe des zuerst verstorbenen werden solle, es enthalten also dieselben keine Beschränkung des dieser Erbeinsetzung beigefügten Fideicommisses. Wenn ferner in §. II verordnet ist, daß der Sohn das gesammte Vermögen, welches von dem überlebenden Ehegatten hinterlassen werde, allein erben, an sich nehmen und erhalten solle, so läßt sich auch hieraus umsoweniger folgern, daß dem Sohne und beziehentlich der Enkelin nur auf Dasjenige, was der überlebende Ehegatte denselben von dem Nach-

lasse des zuerst verstorbenen hinterlassen wolle, eine Anwartschaft eingeräumt worden sei, als der Enkelin unbedingt die Summe von 3000 Thalern beschieden worden ist, und die Testamentserrichter nach §. III von der Vorstellung ausgegangen sind, daß auf diese Weise ein gleiches Verhältniß zwischen dem Sohne und der Enkelin hergestellt werden müßte. Daß aber in §. II unter den der Gattung nach exemplicativ bezeichneten Nachlaßgegenständen das Grundstück der Ehefrau nicht mit benannt worden ist, erscheint deshalb einflußlos, weil an dieser Stelle ausdrücklich von dem ganzen Vermögen, es bestehe solches, worin es sonst nur immer wolle, die Rede ist.

Angehend nun die Frage, ob die Tochter des Beklagten befugt sei, als Anwärterin die Leistung einer Caution von dem Kläger als Fiduciarerben zu verlangen, so ist dieselbe, wie von der vorigen Instanz mit Recht geschehen, nach den Vorschriften des BGB.'s und nicht, wie Kläger annimmt, nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes zu beantworten. Denn es handelt sich dabei nicht um das Erbrecht der Betheiligten, oder um die Gültigkeit und den Inhalt einer vor dem Eintritt des BGB.'s errichteten, beziehentlich eröffneten letztwilligen Verfügung, sondern um den besonderen Rechtsschutz, welchen die Gesetze unter gewissen Rechtsverhältnissen dem Berechtigten unmittelbar gewähren wollen. Der Anspruch auf diesen Rechtsschutz hängt aber davon ab, ob die gerade bestehende Gesetzgebung denselben für das in Frage befangene Rechtsverhältniß gewährt. Das Rechtsverhältniß nun, welches auf Grund des Testaments zwischen dem Kläger als dem überlebenden Ehegatten auf der einen und dem Sohne und der Enkelin desselben auf der andern Seite entstanden ist, würde sich in materieller Hinsicht ganz ebenso gestaltet haben, wenn dasselbe Testament erst nach dem 1. März 1865 errichtet, und demzufolge auch der Kläger erst nach diesem Zeitpunkte Fiduciarerbe seiner Ehegattin geworden wäre. Die Vorschriften in §. 2515 in Verbindung mit §. 636 des BGB.'s, nach welchen der Fiduciar ohne Rücksicht auf das verwandtschaftliche Verhältniß, welches zwischen ihm und dem Fideicommissar besteht, Sicherheitsleistung beanspruchen kann, stehen daher dem Beklagten unzweifelhaft zur Seite, und es bedarf kaum der Erwähnung,

daß der Verzicht des Sohnes auf diese Sicherstellung der Tochter des Beklagten nicht präjudiciren kann.

Es ist aber der Beklagte auch berechtigt, diese Sicherstellung wegen der ganzen 3000 Thaler für seine Tochter zu verlangen, obwohl die Dispositionen des Testaments, welche sich auf das eigene Vermögen des überlebenden Ehegatten beziehen, unter den Gesichtspunkt eines Erbvertrages fallen, welcher der Regel nach das Verfügungsrecht unter den Lebendigen nicht ausschließt. Denn die der Enkelin bestimmten 3000 Thaler sind derselben nicht als ein, verhältnißmäßig aus dem Vermögen beider Ehegatten zu gewährendes Erbtheil beschieden worden; sondern es haben die Testamentserrichter ihr beiderseitiges Vermögen dabei dergestalt als ein Ganzes zusammen vereinigt, daß die Enkelin die ihr beschiedenen 3000 Thlr. auch ausschließlich aus dem Nachlasse der Mutter beanspruchen könnte, wenn der Kläger einmal, ohne Vermögen zu hinterlassen, mit Tode abginge. Daß aber endlich die Tochter des Beklagten einer Sicherstellung bedarf, ist nicht zu bestreiten, wenn man erwägt, daß der Sohn ihr zur Auszahlung der 3000 Thaler seiner Zeit nur aus den Kräften des Nachlasses verbunden sein würde.

Was schließlich noch die Art und Weise der Sicherstellung betrifft, so würde nach §. 136 des BGB.'s die Bestellung einer Hypothek an dem zum Nachlasse der verehel. K. gehörigen Grundstücke als eine angemessene zu betrachten gewesen sein, da in Folge der Verzichtleistung des Sohnes auf Sicherstellung der Eintrag einer fideicommissarischen Dispositionsbeschränkung auf dem Folium unterblieben war, und deshalb erschien auch die Eintragung einer Verwahrung gegen die Veräußerung und Verpfändung dieses Grundstücks bis zur Entscheidung über Klägers Verpflichtung zur Sicherheitsleistung vollkommen gerechtfertigt. Da jedoch, bei der immittelst erfolgten Veräußerung dieses Grundstücks, die Parteien sich dahin vereinigt haben, daß an die Stelle der, die Sicherstellung eines Anspruchs auf hypothekarische Sicherheitsleistung bezweckenden Verwahrung, ein Capital von 3000 Thalern von dem Kläger gerichtlich deponirt und nutzbar angelegt worden ist, so erscheint die Voraussetzung gerechtfertigt, daß die beanspruchte Sicherstellung, wenn der Kläger hierzu für verbunden erachtet worden, nach dem Willen

der Parteien auf diese Weise geleistet werden sollte. Es ist aber dem Kläger durch die Zurückweisung seines Anspruchs auf Freigebung dieser Deposition das Recht, statt dessen eine anderweite, den Bestimmungen in §. 136 entsprechende Sicherheit zu bestellen, und dieserhalb eintretenden Falls das geeignete Anerbieten und Anträge zu stellen, nicht abgesprochen.

67.

Das Hülfspfandrecht an der in Sachsen befindlichen beweglichen Sache (eines Schiffes) dem daran nach ausländischem Rechte ohne Inhabung zulässig bestellten vertragsmäßigen Pfandrechte gegenüber. — BGB. §. 10.

II. Sen.-Erk. vom 23. Juni 1870 no. 437|400.

Sowohl die Parteien als die vorigen Instanzen sind darüber einverstanden, daß für die Entscheidung der Frage, ob in dem vorliegenden Falle die Beurtheilung der Rechtsbeständigkeit der vom Zwischenkläger geltend gemachten Pfandrechte nach den Bestimmungen des im Königreiche Preußen geltenden Rechtes oder nach den Vorschriften der K. Sächsischen Gesetzgebung zu beurtheilen sei, die Disposition in §. 10 des BGB.'s die maßgebende Norm bildet.

Wie schon Zwischenbeklagter hervorgehoben hat, weist nun die Wortfassung dieser Disposition

> Die Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen, ingleichen der Besitz derselben, werden nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, wo die Sachen liegen.

auf ein in der Gegenwart existirendes Moment, nämlich auf den Zustand hin, in welchem sich die Sache zu der Zeit befindet, zu welcher der Richter darüber urtheilt, welchen Rechtsnormen die an der Sache bestehenden Rechte zu unterstellen sind. Das Zurückgehen auf die Vergangenheit oder die Berücksichtigung der Gesetze desjenigen Ortes, wo die Sache zur Zeit der Entstehung der in Frage befangenen Rechte gelegen hat, ist dadurch um so gewisser ausgeschlossen, als die in §§. 7—18 des BGB.'s enthaltenen Bestimmungen als Ausnahmen von der in §. 6 aufgestellten Regel, daß im

Inlande die inländischen Gesetze zur Anwendung kommen, strict auszulegen sind, und eine über den Wortlaut hinausgehende Deutung nur da zulassen, wo sie in der unzweideutig erkennbaren Absicht des Gesetzgebers liegt. Für die Annahme einer jener Auffassung entgegengesetzten Absicht des Gesetzgebers ist aber in den sonstigen Bestimmungen des BGB.'s ebensowenig, als in den allgemeinen Grundsätzen über die Collision der Privatrechtsgesetze in sogenannten internationalen Verhältnissen ein Anhalt geboten.

Das BGB. hat die Meinung Derjenigen, welche das sogenannte Territorialitätsprincip ausnahmslos und unbeschränkt durchgeführt wissen wollten,

Pfeiffer, das Princip des internationalen Privatrechts S. 2 flg., 18 flg.,

nicht angenommen, andererseits aber auch,

Siebenhaar, Commentar Bd. I, S. 44,

gegen die namentlich in früherer Zeit aufgestellte Ansicht sich entschieden, daß die Rechte an beweglichen Sachen nicht blos, wenn es sich um die Gesammtheit des Vermögens handelt, sondern auch dann, wenn nur einzelne Bestandtheile des Vermögens in Frage sind, stets nach dem für die Person des Eigenthümers geltenden Rechte, der lex domicilii, zu beurtheilen seien. Der in §. 10 des BGB.'s ausgesprochene Rechtssatz wird vielmehr auch von Denjenigen anerkannt, welche keine der vorerwähnten extremen Meinungen theilen,

Pütter im Archiv für civilistische Praxis Bd. 38, S. 88,
Wächter ebend. Bd. 24, S. 293 flg., Bd. 25, S. 384 flg.,
Savigny, Syst. des heut. röm. Rechts Bd. 8, S. 189 flg.,
Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht Bd. I, S. 72 flg.

Er steht vollkommen mit dem allgemeinen Principe im Einklange, daß das im Inlande bestehende Recht für die in demselben gelegenen Sachen, gleichviel ob deren Eigenthümer Inländer oder Ausländer ist, zu gelten hat, weil die Annahme des Gegentheils den inländischen Richter zu Anwendung von solchen (ausländischen) Rechtsnormen nöthigen würde, welche nicht die Bestimmung gehabt haben, außerhalb des Territorium, für das sie erlassen sind, wirksam zu werden, welche er aber auch außer dem Falle ausdrücklicher Gestattung durch Gesetz oder Staatsvertrag gar nicht anwenden darf, weil

er nach den für ihn verbindlichen Gesetzen des Inlandes zu entscheiden verpflichtet ist. Wie wenig überdies die Verschiedenheit der Rechtsanwendung je nach der Staatsangehörigkeit des Eigenthümers der Sachen dem höheren Principe der internationalen Rechtsgemeinschaft entsprechen würde, das durch die Gleichstellung des Ausländers mit dem Inländer in rechtlicher Beziehung, wenigstens annähernd am Meisten gesichert wird, bedarf keiner besonderen Ausführung. Das Bedenken endlich, daß damit möglicher Weise den (im Auslande) wohlerworbenen Rechten zu nahe getreten werde, ist nicht stichhaltig; es beruht auf der unbegründeten Voraussetzung, daß das nach den Gesetzen des Auslandes gültig erworbene Recht auch nach den abweichenden Gesetzen des Inlandes gültig erworben sei, und daß das Gesetz des Inlandes diesem Rechte einen Schutz angedeihen lassen müsse, den es niemals verheißen, vielmehr, ohne auf den Ort der Entstehung Absehen zu richten, geradezu abgesprochen hat,

Wächter a. a. O. Bd. 25, S. 1 flg.,
Pfeiffer a. a. O. S. 22 flg.

Aus der Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den jetzt im Streite befangenen Fall folgt, daß die Frage:

> ob das Pfandrecht, welches Zwischenkläger an den Dampfschiffen „Borussia" und „Fortschritt" durch die mit deren Eigenthümer T. in Torgau abgeschlossenen Pfandverträge angeblich erworben hat, dem von Zwischenbeklagtem geltend gemachten Hülfspfandrechte gegenüber als gültig und wirksam zu betrachten sei?

nach sächsischem Rechte zu beurtheilen ist, weil die gedachten Schiffe dermalen und zwar schon seit dem Beginne des jetzigen Rechtsstreites, beziehentlich seit längerer Zeit zuvor, auf der Elbe bei Dresden, mithin in dem Gebiete des sächsischen Rechts, liegen. Es steht dem nicht entgegen, daß Zwischenkläger sein Hülfspfandrecht, soviel das Dampfschiff „Fortschritt" betrifft, durch die Seiten der Preußischen Gerichtsbehörde zu Torgau, und zwar zu einer Zeit, wo das gedachte Schiff bei Torgau vor Anker lag, bewirkte Hülfsvollstreckung erlangt hat, und daß erst unter dem 13. März 1869 das Schiff von dort nach Dresden übergeführt worden ist. Denn die Rechtsbeständigkeit des Hülfsvollstreckungactes erscheint auch bei

dessen Subsumtion unter die Gesetze Sachsens begründet, wie denn auch vom Zwischenkläger dawider nichts eingewendet worden ist. Ob aber die Ueberführung des fraglichen Schiffes aus Preußischem in das Sächsische Rechtsgebiet von dem Zwischenkläger durch diesfallsigen Widerspruch mit Erfolg zu verhindern gewesen wäre, beziehentlich ihn zu etwaigen Schädenansprüchen aus der für ihn hierdurch herbeigeführten ungünstigeren Rechtslage berechtigen könne, kann für die Entscheidung des Sächsischen Richters nicht in Betracht kommen, welcher durch die actuelle Lage der Sache auf die Cognition nach den Gesetzen Sachsens hingewiesen ist.

Nach Sächsischem Rechte ist aber die Ungültigkeit und Unwirksamkeit des vom Zwischenkläger geltend gemachten Pfandrechts zweifellos. Denn während Inhalts der Bestimmungen in §§. 466 und 467 des BGB.'s, wie nach älterem Rechte,

Erl.PO. ad tit. XLIV, §. 2,

ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache, als welche die fraglichen Schiffe unzweifelhaft sich charakterisiren, in der Eigenschaft eines dinglichen Rechts anders nicht als durch Uebergabe der Sache an den Gläubiger oder für ihn an einen Dritten entsteht, und eine fingirte Uebergabe durch sogenanntes constitutum possessorium wirkungslos bleibt, hat Zwischenkläger sich lediglich darauf bezogen, daß er ein Pfandrecht an den mehrerwähnten Schiffen durch den mit T. abgeschlossenen Verpfändungs*vertrag* und die entsprechende Vormerkung auf dem Meßbrief in Gemäßheit der die Verpfändung eines Schiffes durch *symbolische Uebergabe* gestattenden Bestimmungen des allg. Preuß. Landrechts rechtsgültig erworben habe, ohne auch nur anzudeuten, daß er durch Uebergabe oder Besitzergreifung der Objecte des Pfandvertrages in das nach Sächsischem Rechte erforderliche Verhältniß thatsächlicher Inhabung derselben getreten sei. Wäre daher selbst Zwischenklägers Pfandrecht zur Zeit des mit T. abgeschlossenen Pfandvertrages in Preußen ein gültiges und rechtsbeständiges gewesen, so ist doch diese Rechtslage zu seinem Nachtheile dadurch geändert worden, daß der Anlaß zu der Entscheidung über dessen Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit zu einer Zeit herbeigeführt worden ist, zu welcher das Object des Pfandvertrages in Sachsen liegt, und in dessen Folge der Richter

dieses Landes darüber nach den von ihm zu beobachtenden Landesgesetzen zu cognosciren genöthigt ist. Es ist dies eine Consequenz der oben berührten Principien des internationalen Rechtsverkehrs, welche gerade für den concreten Fall auch von denjenigen Rechtslehrern anerkannt wird, die gegen das strenge Territorialprincip die Gesetze des Inlandes als maßgebende Regel nur mit Modificationen aufstellen, insbesondere bei Zulassung von Ausnahmen dieser Regel darauf Gewicht legen, ob im concreten Falle nach dem voraussetzlichen Willen des Gesetzgebers, und dem Geiste und Zwecke des Gesetzes

Wächter a. a. O. Bd. 24, S. 261 flg.; Bd. 25, S. 386 flg.,

oder nach der Beschaffenheit und Eigenthümlichkeit des Rechtsverhältnisses,

Savigny a. a. O. S. 108, 194 flg.,

die Anwendung des ausländischen Rechts geboten sei. Ob man mit Savigny davon ausgeht, daß das auf bloßem Vertrage beruhende Mobiliarpfandrecht ein in einem Staate, dessen Gesetz das Hinzutreten der Uebergabe erfordert, gar nicht anerkanntes Rechtsinstitut sei, oder mit Wächter annimmt, daß, weil das Gesetz des Inlandes das Erforderniß der Uebergabe nicht blos zum Entstehen, sondern auch zum Bestehen des Rechts absolut vorschreibt, der inländische Richter ein diesem Erfordernisse nicht genügendes Recht nicht anerkennen dürfe, oder endlich, wie Pfeiffer S. 51 will, die in Rede stehende Vorschrift des Inlandes schlechthin als ein Prohibitivgesetz betrachtet, bleibt für die Entscheidung sachlich einflußlos. Auch braucht man demzufolge nicht auf die von den Parteien erörterte Frage einzugehen, ob die Anforderungen, an welche das Gesetz des Inlandes die Entstehung des Pfandrechtes als eines dinglichen Rechtes knüpft, auf die Absicht des Gesetzgebers zurückzuführen sei, im öffentlichen Interesse der Sicherheit des Verkehrs eine Garantie zu verschaffen und um deswillen jene Anforderungen zu absoluten zu machen dergestalt, daß (vergl. §. 19 des BGB.'s) die Anwendung abweichender Gesetzesvorschriften des Auslandes ausgeschlossen wird — eine Frage, die unter Umständen auch bei dem rein vertragsmäßig bestellten, beziehentlich gesetzlichen Pfandrechte an Immobilien sehr prägnant hervortreten kann,

Pfeiffer a. a. O. S. 50 flg.

Für den gegenwärtigen Zweck genügt schon die mit allgemeinen Grundsätzen des internationalen Rechtsverkehrs im Einklange stehende mehrgedachte Vorschrift in §. 10 des BGB.'s, das vom Zwischenkläger geltend gemachte Pfandrecht der Beurtheilung nach Sächsischem Rechte zu unterwerfen, und demgemäß dem Hülfspfandrechte des Zwischenbeklagten gegenüber für unwirksam zu erklären.

68.

Ueber Lehnsmeliorationen. — BGB. §§. 316, 616, 1356.

II. Sen.-Erk. vom 16. Juni 1870 no. 379|370.

Die vorige Instanz (AG. Leipzig) hat in Betreff der Vergütung der Lehnsmeliorationen den Satz aufgestellt:

„Die Allodialerben des verstorbenen Vasallen können etwas Anderes nicht verlangen, als Rückkehr des Capitalaufwandes, der aus dem Allodial-Vermögen des Verstorbenen ausgeschieden und von dem Letzteren zur Besserung des Lehns verwendet worden ist, in den Allodialnachlaß; sie können dies aber nur unter der Voraussetzung, daß der gedachte Aufwand zur Zeit des Lehnsfalles annoch auf den Nutzungsertrag des Lehns erhöhend einwirkt, und nur insoweit, als der Vortheil, der hiermit dem Lehnsfolger zufließt, den von dem Verstorbenen bestrittenen Herstellungsaufwand erreicht."

Hiergegen ist die zweite Beschwerde der Klägerin gerichtet.

Das OAG. hat jedoch nicht umhin gekonnt, den obigen Satz als richtig anzuerkennen, und genügt es zu dessen Rechtfertigung, im Anschlusse an die vorigen Entscheidungsgründe, denen im Wesentlichen beizutreten gewesen, Folgendes zu bemerken.

Die Frage, nach welchem Maßstabe den Allodialerben eines Vasallen die durch diesen vorgenommenen Lehnsmeliorationen von dem Lehnsnachfolger, beziehentlich dem Lehnsherrn zu vergüten seien, läßt sich im Allgemeinen lediglich nach der Natur der Sache und den Grundsätzen des Civilrechts entscheiden. Denn an besonderen lehnsrechtlichen Bestimmungen, auf Grund deren solche beantwortet werden könnte, fehlt es. — Namentlich kann aus der Const. 31, P. III,

von 1572, welche in ihrem ersten Abschnitte nichts weiter besagt als, es sei nach gemeinen beschriebenen Gebräuchen und Lehns-Rechten versehen:

„Wenn ein Lehen-Mann, so das Lehengut erbaut und gebessert hat, verstirbet, so muß der Lehen-Herr geschehen lassen, daß des Verstorbenen Erben solche Gebäude und geschehene Besserung wiederum abtragen und zu sich nehmen oder aber sich derowegen mit den Erben gebührlich abfinden und vergleichen,"

und hierauf in ihrem zweiten Abschnitte ausspricht:

„weil dagegen die Sächsischen Lehen-Rechte klar verordneten, daß die Gebäude, so auf den Lehen-Grund gesetzt, dem Lehenherrn oder dem Lehns-Folger, auf den Fall, ohne einige Erstattung mit dem Lehen-Grunde bleiben und zukommen sollten, so sei hiernach zu erkennen,"

etwas Näheres offenbar nicht entnommen werden, und ebenso bleibt, wenn §. 2, Tit. XXVIII, Lib. II. Feud. die Bestimmung enthält:

„Si vasallus in feudo aliquod aedificium fecerit, vel ipsum sua pecunia melioraverit, et contigerit postea, ut vasallus sine filio masculo decedat, dominus aut patiatur aedificium auferri, aut solvat pretium meliorationis,"

hiernach im Dunklen, was unter dem pretium meliorationis zu verstehen und wie ein solches zu berechnen sei.

Hält man sich nun aber zunächst an die Natur der Sache, so kann die obige Frage eben nur so, wie dies von der vorigen Instanz geschehen, beantwortet werden. Denn wenn man den Allodialerben einen Anspruch auf Ersatz der Lehnsmeliorationen einräumt, so beruht dies auf der Erwägung, daß es unbillig sein würde, wenn man den Lehnsfolgern, beziehentlich dem Lehnsherrn verstatten wollte, sich zum Nachtheile der Allodialerben zu bereichern, und es müssen daher bei Berechnung der Höhe der zuzubilligenden Entschädigung als Factoren nothwendiger Weise in Betracht kommen, auf der einen Seite der Betrag, um welchen sich der Lehnsfolger, beziehentlich der Lehnsherr bereichern würden, dafern sie die Meliorationen nicht zu ersetzen hätten, auf der andern Seite der Nachtheil, welchen die Allodialerben erleiden würden, falls sie die Lehnsmeliorationen nicht vergütet bekämen.

Hieraus folgt aber ganz von selbst:

a) daß die Lehnsnachfolger, beziehentlich der Lehnsherr überhaupt nur unter der Voraussetzung, daß und in soweit als das Lehngut zur Zeit des Lehnsanfalls in Folge der Verwendungen des Vasallen wirklich im Vergleiche zu der Zeit vor diesen Verwendungen noch einen höheren Nutzungsertrag abwirft, zum Ersatze der letzteren angehalten werden können, ingleichen:

b) daß die Allodialerben des Vasallen in keinem Falle Anspruch auf Ersatz eines Mehreren, als des von diesem Aufgewendeten, haben.

Denn was den Satz unter a betrifft, so erscheinen die Lehnsnachfolger, beziehentlich der Lehnsherr eben nur in dem Falle, wenn und insoweit als die Verwendungen des Vasallen bei dem Lehnsanfalle noch fortwirken, bereichert, während es an jedem Grunde fehlen würde, sie zu Erstattung von Verwendungen, welche ihnen überhaupt nicht mehr zu Gute gehen oder zu Erstattung eines Mehreren, als ihnen in Folge der Verwendungen zu Gute gekommen, für verpflichtet zu achten.

Anlangend dagegen den Satz unter b, so ergiebt sich dessen Richtigkeit sofort, wenn man berücksichtigt, daß der Nachtheil, welchen die Allodialerben, dafern sie die Lehnsmeliorationen nicht vergütet erhielten, erleiden würden, da sie ein Recht auf das Lehngut selbst nicht haben, eben nur darin bestehen kann, daß sich der Allodialnachlaß um denjenigen Ertrag niedriger berechnet, welchen ihr Erblasser, ohne als Vasall dazu verpflichtet zu sein, auf das Lehn verwendet, und daß dieser Nachtheil vollständig ausgeglichen wird, wenn sie den Betrag des Verwendeten ersetzt bekommen.

Ganz zu dem nämlichen Resultate indessen gelangt man auch bei einer Zuhülfenahme der Grundsätze des Civilrechts, also im vorliegenden Falle der Vorschriften des BGB.'s.

Die passendste Analogie in diesem bietet neben §. 1356, wonach Der, welcher eine Geschäftsführung seines eigenen Vortheils wegen besorgt, einen Anspruch auf Ersatz blos soweit der Geschäftsherr bereichert ist, hat, jedenfalls der §. 616, nach welchem der Nießbraucher, wenn er, ohne vermöge des Nießbrauches dazu verpflichtet zu sein, auf die Sache Etwas verwendet, nach Erlöschung

des Nießbrauches alle Rechte, welche dem redlichen Besitzer bei der Eigenthumsklage in Betreff der auf die Sache gemachten Verwendungen zukommen, haben soll.

Bestimmt nun rücksichtlich des redlichen Besitzers §. 316 des BGB.'s, daß er Ersatz der nützlichen Verwendungen auf die Sache, soweit der Werth der letzteren zur Zeit ihrer Herausgabe dadurch erhöht sei, verlangen könne, und läßt sich diese Bestimmung nicht anders, als dahin verstehen, daß der redliche Besitzer in keinem Falle mehr, als den Betrag seiner Auslagen, aber auch diesen nur dann zu verlangen berechtigt sei, wenn der vorhandene Mehrwerth der Sache der Summe der Auslagen wenigstens gleich ist,

Commentar zu dem BGB. Bd. I, S. 318 (ed. 2),
Siebenhaar in den Annalen des OAG.'s N. F. Bd. IV, S. 318,

so erscheint es von selbst geboten, anzunehmen, daß von gleichen Grundsätzen auch bei den Ansprüchen der Allodialerben auf Vergütung der Lehnsmeliorationen auszugehen sei.

69.

Ueber „nützliche Besserung des Lehngutes." — Const. el. 46 P. II.

II. Sen.-Erk. vom 3. März 1870 no. 78/85.

Die Klägerin hat sich auch in ihrer gegenwärtigen Deduction damit einverstanden bezeigt, daß ihr Anspruch auf Erstattung der von ihrem Erblasser bezahlten Consensschuld an 3000 Thaler Conv.-Münze = 3083 Thlr. 10 Ngr. nach den civilrechtlichen Grundsätzen der negotiorum gestio beurtheilt werde. Zu demselben Resultate gelangt man aber im vorliegenden Falle auch nach der const. el. 46 P. II, weil auch nach dieser die Verpflichtung des Lehnsfolgers zur Erstattung dessen, was der Lehnsvorgänger zur Bezahlung von Lehnsschulden aus dem Allodialvermögen aufgewendet hat, auf dieselben civilrechtlichen Grundsätze zurückzuführen und die Frage zu stellen ist, ob die behauptete Verwendung „zur nützlichen Besserung des Lehngutes" erfolgt sei.

Kind, quaest. for. tom. I, cap. XV.

Der Inhalt der Klage und deren Beifuge A gewährt kein Anhalten dafür, daß die Bl. gedachten, am 4. Juni 1795 mit lehnsherrlichem Consens versehenen Kaufgelder, von denen die fraglichen 3000 Thaler herrühren, eine wahre, d. h. eine dergestalt auf dem Lehnsvermögen ruhende Schuld gewesen seien, daß, selbst abgesehen von der am Lehngute bestellten Hypothek, die Lehnsfolger schon vermöge ihrer Succession in das Lehnsvermögen zu deren Anerkennung und Berichtigung aus diesem Vermögen verpflichtet gewesen wären. Die Eigenschaft einer Lehnsschuld (im weiteren Sinne) kann daher diesen Kaufgeldern nur deshalb beigelegt werden, weil für dieselben eine sog. vollkommene Hypothek am Lehngute bestellt worden war, welche den Gläubiger zu Anstellung der actio hypothecaria behufs seiner Befriedigung aus der Substanz des Lehens gegen jeden Nachfolger im Lehen berechtigte. Es fragt sich daher, ob das auf die Beklagten als Mitbelehnte zur gesammten Hand verfällte Lehnsvermögen durch die Befreiung desselben von der Last dieser Hypothek eine den Lehnsfolgern zu Statten kommende Verbesserung erfahren habe, welchenfalls in der Abtragung jener Schuld nach civil- und lehnrechtlichen Grundsätzen die Verpflichtung zur Zurückerstattung begründet erscheinen könnte. Hierbei darf aber der Erfolg einer einzelnen Handlung des Lehnsvorfahrer nicht als entscheidend betrachtet, sondern es muß darauf gesehen werden, in welchem Zustande sich das Lehnsvermögen im Ganzen bei dem Uebergange desselben an den Lehnsfolger befindet, weil der Nutzen einer einzelnen Verfügung leicht denkbarer Weise durch andere, von dem Lehnssuccessor nicht zu vertretende Dispositionen vollständig ausgeglichen und beseitigt worden sein kann, und nur wenn man das Ganze der Verwaltung des Lehnsvermögens ins Auge faßt, ein Urtheil darüber abgegeben werden kann, ob das Lehnsvermögen vermehrt oder vermindert sei.

Als am 30. Januar 1837 der Vater der Beklagten G. seine Hälfte des Ritter- und Mannlehngutes K. für die Summe von 42,500 Thaler mit Vorbehalt der gesammten Hand an seinen Bruder, den Erblasser der Klägerin, verkaufte, haftete auf diesem Gute nach der Angabe und Berechnung der Contrahenten im Ganzen und einschließlich der fraglichen 3000 Thlr. Conv.-Münze

der Betrag von 30,450 Thalern mit lehnsherrlichem Consens versehener Schulden, wovon der Käufer die eine auf den Antheil des Verkäufers kommende Hälfte in Anrechnung auf die Kaufsumme zur alleinigen Vertretung übernahm. Man will dabei nicht unbemerkt lassen, daß der Letztere, insoweit er später diese Schulden berichtigte, dadurch zugleich eine, sein Allodialvermögen betreffende Verbindlichkeit gegen den Verkäufer erfüllte.

Nun hat zwar, wie oben erwähnt, der Erblasser diese sämmtlichen Schulden und zwar zuletzt noch die vorgedachten 3000 Thlr. während seiner Besitzzeit bezahlt, allein es hat derselbe auch anderweit bei der Altenburger Bank ein Darlehn von 39,000 Thalern aufgenommen, wegen dessen mit lehnsherrlichem Consense auf dem Ritter- und Mannlehngute K. Hypothek bestellt worden ist. Der Hypothekenstand des Lehngutes war also bei der Verfällung desselben auf die Beklagten kein geringerer, sondern ein wesentlich größerer als zu der Zeit, wo der Erblasser der Klägerin die eine Hälfte des Gutes K. von seinem Bruder erkaufte. Daß, ohnerachtet dessen, in der Bezahlung der 3000 Thaler eine „nützliche Besserung“ des Lehnes auf Kosten des Allodialvermögens liege, würde sich nur dann behaupten lassen, wenn durch die Aufnahme des Darlehns der 39,000 Thaler bei der Altenburger Bank eine neue Lehnsschuld entstanden wäre, zu deren Anerkenntniß die Beklagten vermöge ihrer Succession für verbunden erachtet werden müßten. Für diese Annahme fehlt es aber an allen thatsächlichen Unterlagen.

Im Zweifel ist daher davon auszugehen, daß die Aufnahme dieses Darlehns ein das Allodialvermögen des Erborgers betreffendes Rechtsgeschäft gewesen sei, bei welchem das Lehnsvermögen desselben unmittelbar keinen Vortheil, sondern nur die Belastung mit einer Hypothek erfuhr.

Der anticipirte Consens der Mitbelehnten in die Verpfändung des Lehns hat, wie bereits von der vorigen Instanz mit Recht bemerkt worden ist, dem Erblasser der Klägerin präsumtiv nur die Füglichkeit geboten, den Realcredit, welchen ihm der Besitz des Lehngutes gewährt, zu benutzen, um vermittelst einer Hypothekbestellung seiner Gläubigerin die nöthige Sicherheit zu verschaffen.

Weder durch die Bestellung der Hypothek für eine Allodialschuld, noch durch die anticipirte Genehmigung derselben an und für sich allein würde die hypothekarisch sichergestellte Schuld die Eigenschaft einer wahren Lehnschuld angenommen haben. Hätte der Erblasser der Klägerin die Geldmittel, welche er durch dieses Darlehn erlangt, dazu benutzt, die älteren Lehnschulden zu bezahlen, so könnte darin eine Verwendung aus seinem Allodialvermögen in das Lehn gefunden werden, diese wird aber durch die Bestellung einer neuen bis jetzt noch ungelöschten Hypothek für eine Allodialschuld von demselben und sogar noch weit höherem Betrage vollkommen ausgeglichen. Eine solche Ausgleichung würde aber auch eingetreten sein, wenn der Erblasser der Klägerin jene älteren Schulden — ganz oder theilweise — nicht von dem besagten Darlehne, sondern von andern ihm für seine Person zu Gebote stehenden und zu seinem Allodialvermögen gehörigen Mitteln bezahlt hätte. Denn nicht darauf, wie und aus welchen Beständen seines Allodialvermögens die Zahlung erfolgt ist, kommt es hierbei an, sondern darauf, daß der Hypothekenstand des Lehns sich im Ganzen nicht vermindert, sondern vermehrt hat, und daß sich, abgesehen von der Zahlung der älteren Consensschulden, keine dem Lehne und den Lehnssuccessoren zu Statten kommende Verwendung des besagten Darlehns erkennen läßt.

Angehend in letzterer Hinsicht die Frage, ob nicht das Darlehn der Altenburger Bank in Ansehung derjenigen 9050 Thaler, welche der Erblasser der Klägerin davon zur Berichtigung der seinem Bruder schuldigen Kaufgelder verwendet haben soll, als eine wirkliche Lehnsschuld zu betrachten sei, hat man zuvörderst darauf zu verweisen, daß der nach Abrechnung dieser 9050 Thaler von jenem Darlehne verbliebene Rest noch immer dem Betrage der älteren Hypothekenschulden mit Einschluß der zuletzt abgetragenen 3000 Thaler gleich kam, daß also, wenn der Erblasser der Klägerin diese Post nicht aus den Mitteln bezahlt hat, welche er sich durch das erwähnte Darlehn verschafft hatte, eine Verwendung des letzteren zum Besten des Lehnvermögens nach Höhe dieser 3000 Thaler nicht erwiesen ist.

Uebrigens ist die Verbindlichkeit der Beklagten zur Zurück-

stattung der Kaufgelder, welche E. A. Gr. für die von seinem Bruder erkaufte Hälfte des Lehngutes entrichtet haben soll, nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses, welcher nur die Bezahlung der mehrgedachten 3000 Thaler und die Liberation des Lehnes von der diesfälligen Hypothek betrifft, es ist daher auch nicht geboten, auf die erstgedachte Frage näher einzugehen. Nur kürzlich sei bemerkt, daß die Disposition der const. 46 P. II, Abs. 2:

„also auch, da es sich zutrüge, daß einer zu Erkaufung etlicher Lehngüter Geld aufgenommen und hätte dasselbige, so er zu nichts anders, denn allein zu Bezahlung des Lehnguts angewandt, ganz oder zum Theil bei seinem Leben nicht abgelegt, so soll diese Schuld durch die Lehnsfolger, welche solche Lehngüter bekommen, bezahlt werden,“

nur auf den Fall bezogen werden mag, wenn die Lehnsfolger ihr Successionsrecht in das Lehn erst durch diesen Ankauf erworben haben. Nach der eignen Angabe der Klägerin haben aber die Beklagten das Mannlehngut K., welches die Gebrüder Ch. G. und E. A. Gr. von ihrem Vater geerbt hatten, nach dem ohne lehnsfähige Descendenz erfolgten Ableben E. A. Gr. infolge der Mitbelehnschaft ihres in der gesammten Hand gestandenen Vaters bekommen, und es würden daher dieselben auch dann in das ganze Lehn succedirt sein, wenn ihr Vater seinen Antheil an diesem Gute nicht an seinen Bruder verkauft hätte. Dieser Kauf ist also ein Rechtsgeschäft, welches die Succession der Beklagten voraussetzlich weder begründet, noch gefördert hat. Denn dafür, daß durch dasselbe das Lehnsvermögen den successionsberechtigten Descendenten des Verkäufers erhalten worden sei, gewähren die Acten durchaus kein Anhalten, und ebensowenig kann auch der Umstand, daß sich im Laufe der Zeit der Werth des Lehnguts durch zufällige, in den Zeitverhältnissen liegende Gründe erhöht haben soll, zu einem Anspruche der Klägerin auf Erstattung des von ihrem Erblasser gezahlten Kaufpreises führen.

Hiernach ist die Ansicht der Klägerin: „es genüge zur Begründung ihres Anspruchs, daß, wenn die von Sch.'schen 3000 Thlr. von ihrem Erblasser nicht bezahlt worden wären, die Beklagten das Lehn nicht blos mit einer Schuldenlast von 39,000, sondern mit

einer solchen von 42,500 Thalern zu übernehmen gehabt hätten," unrichtig. Es beruht diese Deduction auf der, wie gezeigt, ungerechtfertigten Prämisse, daß durch Aufnahme des Darlehns der Altenburger Bank eine das Lehnsvermögen betreffende, von dem Lehnsfolger anzuerkennende Schuld entstanden wäre, während im Zweifel davon auszugehen ist, daß diese Schuld auf dem Allodialvermögen des Erborgers ruhe und das Lehn bei derselben nur indirect, und zwar durch die mit Genehmigung des Mitbelehnten bestellte Hypothek — analog der Verpfändung einer fremden Sache — betheiligt sei. Die Eigenschaft einer Lehnschuld gegenüber dem Lehnsfolger hätte diese Schuld nur höchstens dann gewinnen können, wenn und insoweit das empfangene Darlehn zur Deckung älterer Schulden oder sonst zur Besserung des Lehns verwendet worden wäre. Die Behauptung der Klägerin, daß der anticipirte Consens nur eine Gegenleistung für die vorbehaltene gesammte Hand gewesen sei, findet weder im Lehnsverhältnisse an sich, noch in dem Inhalte der Urkunde A Unterstützung, ist aber auch an sich irrelevant, weil selbst in diesem Falle die Einwilligung des Mitbelehnten in die Verpfändung des Lehns wegen einer Allodialschuld des Hauptvasallen die letztere noch nicht in eine wahre Lehnschuld verwandeln würde.

70.

„Besitzwechsel"? — BGB. §§. 186, 187, 276, 1095. — GO. §. 134.

II. Sen.-Erk. vom 21. Juni 1870 no. 431|385.

Es ist unter dem Tage des „Besitzwechsels" im Zweifel nicht der Tag der Eintragung der Käufer in das Grundbuch, sondern der Tag der — im vorliegenden Falle am 13. Februar 1869 bewirkten — Uebergabe zu verstehen.

Der Ausdruck Besitzwechsel ist, wenn darunter die Eintragung eines neuen Erwerbers in das Grundbuch verstanden werden soll, kein der gegenwärtigen juristischen Terminologie entsprechender. Denn nach dem Ingrossationssysteme wird durch die Eintragung in das Grundbuch nicht der Besitz (vergl. §§. 186,

187 des BGB.'s), sondern das Eigenthum am Grundstück, dieses aber auch dann erworben, wenn dasselbe noch nicht in den Besitz des neuen Erwerbers übergegangen ist (vergl. §. 276 des BGB.'s).

Zwar kann man zugeben, daß noch jetzt hin und wieder der Ausdruck „Besitzwechsel" als gleichbedeutend mit dem Ausdrucke, Wechsel des sogenannten Civilbesitzes, gebraucht und unter diesem nach älterem Sprachgebrauche ein Wechsel in der Person des Eigenthümers verstanden werden mag, und daß sich dafür der Umstand geltend machen ließe, daß nach §. 134 der Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865 die Rubrik des Eigenthümers (§. 123 ibid.) auf dem Grundbuchsfolium die Ueberschrift „Besitzer" erhält. Allein, soviel bleibt immer gewiß, daß ebensogut und weit passender mit dem Tage des „Besitzwechsels" der Tag bezeichnet werden kann, an welchem der Käufer eines Grundstücks dessen rechtmäßigen Besitz durch die Uebergabe erworben hat. In vorliegendem Falle hat man um so weniger Bedenken tragen dürfen, jenen Ausspruch in diesem Sinne zu nehmen, als derselbe sowohl in Betreff des Zinsenlaufes als rücksichtlich der Berechnung der Zahlungsfrist gleichmäßig gebraucht worden, und der Käufer nach §. 1095 des BGB.'s an sich verpflichtet ist, die unbezahlten Kaufgelder, wenn ihm dieselben nicht ohne Vorbehalt einer Verzinsung gestundet worden sind, vom Tage der Uebergabe an zu verzinsen. Daß die Contrahenten wirklich von der Vorstellung, daß die unbezahlten Kaufgelder dem Verkäufer von dem Zeitpunkte an verzinst werden sollten, mit welchem der Besitz und die Benutzung des erkauften Grundstücks auf die Käufer überging, geleitet worden seien, ergiebt sich auch daraus noch, daß in §. 4 der Urkunde bestimmt worden ist, daß die Steuern und Abgaben von diesem Tage an von dem Käufer zu entrichten, und daß die Zinsen der in Anrechnung auf die Kaufsumme überwiesenen Hypothekenschuld von demselben Tage an von ihm abzutragen seien.

71.

Nudum praeceptum. — BGB. §. 223.

II. Sen.-Erk. vom 14. Juni 1870 no. 358|386 *).

In seinem am 8. August 1849 errichteten Testamente hatte Salomon B. seine Ehegattin, die Cedentin der Klägerin und seine beiden Kinder, die Klägerin und den Ehemann der Beklagten, zu Erben eingesetzt und der Ersteren unter andern eine Summe von 30,000 Thalern als Erbtheil angewiesen, welche ihm der Sohn schuldete. Diese 30,000 Thaler sollten nach ihrem Tode zur einen Hälfte der Tochter, zur andern Hälfte dem Sohne zufallen, und von dem Letzteren mit 4% verzinst werden. Nicht minder hatte der Testamentserrichter seiner Ehegattin eine Leibrente von jährlich 1000 Thalern, welche die Tochter, und eine — die hier in Frage stehende — Leibrente von jährlich 600 Thalern, welche der Sohn an sie bezahlen sollte, ausgesetzt. In Betreff dieser Zinsen und Leibrenten bestimmte er:

> „meine Frau soll zwar über ihre Zinsen und Leibrenten freie Verfügung haben, jedoch soll selbige ihre Zinsen und Leibrenten weder verschenken, oder vererben, oder überhaupt an einen andern übertragen, als auch von den Ueberschüssen derselben bei ihrem Ableben nur zu Gunsten ihrer beiden Kinder verfügen können."

Soll dieses Veräußerungsverbot überhaupt nicht in Widerspruch damit treten, daß der verw. B. die freie Verfügung über ihre Zinsen und Renten ausdrücklich verstattet worden ist, so kann es nur auf eine Verfügung bezogen werden, durch welche sich dieselbe

---

*) Die Klägerin hatte von ihrer Mutter eine Leibrente cedirt erhalten, welche der Ehemann der Beklagten — der Bruder der Klägerin — laut väterlichen Testaments seiner Mutter zu zahlen und für welche sich Beklagte verbürgt hatte. Letztere behauptete, daß diese Cession einem im Testamente ihres Schwiegervaters enthaltenen Veräußerungsverbote entgegenlaufe. — Die Instanzen wiesen diesen Einwand zurück.



ihres Rechtes auf diese Zinsen und Renten für alle Zukunft entäußert haben würde, aber nicht auf Dispositionen über einzelne, bereits fällige oder künftighin fällig werdende Zins- oder Rentenbeträge. Ob in der vorliegenden Abtretung eine derartige Veräußerung ihrer Leibrente zu finden, und ob namentlich das Veräußerungsverbot auch auf die Abtretung der bürgschaftlichen Forderungen der verw. B. gegen die Beklagte zu beziehen sei, kann hier dahingestellt bleiben.

Es würde nämlich dieses Veräußerungsverbot nur dann die Wirkung, daß eine demselben zuwiderlaufende Veräußerung für nichtig zu erachten wäre, zu beanspruchen haben, wenn dabei eine dritte Person, zu deren Gunsten dasselbe gereichen sollte, vom Testator benannt worden wäre. In voriger Instanz ist angenommen worden, daß die am Schlusse der obigen Bestimmung genannten beiden Kinder diejenigen Personen seien, zu deren Gunsten auch das testamentarische Veräußerungsverbot bestehe. Allein das OAG. hat Bedenken getragen, sich dieser Ansicht anzuschließen. Denn der Testamentserrichter hat seiner Ehefrau, wie bereits erwähnt, die völlig freie Disposition über die ihr zukommenden Zinsen und Leibrenten überlassen und den Kindern ist kein Recht, ihre Mutter bei deren Lebzeiten in der Verwendung dieser Zinsen und Leibrenten zu beschränken, sondern nur für den Fall, daß ihre Mutter über diese Bezüge bei ihren Lebzeiten noch nicht vollständig verfügt haben sollte, eine Anwartschaft auf die vorhandenen Ueberschüsse eingeräumt worden. Das Verbot der Veräußerung der Zinsen und Renten ist also nur ein im Interesse der verw. B. selbst ausgesprochenes, mithin ein sog. nudum praeceptum, welches sowohl nach gemeinem Rechte, wie nach den Vorschriften des BGB.'s:

l. 114, §. 14 D. de legat. I; l. 38, §. 4; l. 93 pr. D. eod. III, in Verbindung mit §. 223 des BGB.'s,

ohne Wirksamkeit ist. Auch der weitere Inhalt des B.'schen Testaments berechtigt nicht zu der Annahme, daß es bei der fraglichen Disposition in der Absicht des Testators gelegen haben müsse, seine Ehegattin in der Verfügung über die ihr beschiedenen Leibrenten und Capitalzinsen unter den Lebendigen irgendwie im Inter-

esse der Kinder zu beschränken. Die Art und Weise, in welcher sich derselbe in seinem Testamente über seine Gattin und sein Verhältniß zu derselben ausgesprochen hat, läßt deutlich erkennen, daß auch die hier in Frage stehende Bestimmung ihren Grund nicht in einer mißtrauischen Gesinnung oder in dem Wunsche, seine Kinder vor jeder etwaigen Sorge für den Unterhalt der Mutter sicher zu stellen, sondern in dem wohlmeinenden Wunsche gehabt habe, daß seine Gattin die ihr angewiesenen, an sich beträchtlichen Mittel sich unverkürzt erhalten solle.

Wollte man aber selbst annehmen, daß auch dieses Veräußerungsverbot zu Gunsten der Kinder ertheilt worden sei, so würde man doch der Ansicht der vorigen Instanz mindestens darin beizupflichten gehabt haben, daß nur die Veräußerung an Fremde untersagt, eine Abtretung der Zinsen und Leibrenten an eines ihrer Kinder aber keine verbotswidrige Veräußerung gewesen sei. Denn dafür, daß seine Kinder ein gleiches Anrecht auf die etwa verbleibenden Ueberschüsse haben sollten, bietet die fragliche Disposition gar kein genügendes Anhalten, weil nach dieser der verw. B., selbst rücksichtlich der etwaigen Ueberschüsse das Recht der letztwilligen Verfügung nicht gänzlich entzogen worden ist. Daß der Ausdruck: „ihre beiden Kinder“ gebraucht worden ist, kann zu einer andern Auslegung nicht führen.

Endlich aber ist auch nicht unbeachtet zu lassen, daß die Beklagte, als dritte Person, die vermeintliche Nichtigkeit der Abtretung nur insoweit geltend zu machen befugt war, als dieselbe von dem Hauptschuldner B. selbst hätte geltend gemacht werden können. Nun würde aber, selbst wenn der Testamentserrichter seiner Ehegattin die Veräußerung ihrer Zinsen und Leibrenten inter vivos „zu Gunsten eines ihrer Kinder“ verboten hätte, dieses Verbot doch in keinem Falle eine solche Verfügung verhindert haben, welche beiden Kindern einen Vortheil brachte, und dies war bei der Abtretung der Leibrente an die Klägerin allerdings insofern der Fall, als dadurch eine Schuld des Sohnes an die Schwester gedeckt werden sollte.

72.

Negatorien- oder Schädenklage? — BGB. §§. 321, 1483. — Bei letzterer bedarf es der Quantificirung des Schadens.

II. Sen.-Erk. vom 1. März 1870 no. 100|80.

Wenn — nach Klägers eigener Darstellung — Seiten der vom Beklagten vertretenen Wasserlauf-Anstalt,

vergl. allg. Berggesetz vom 16. Juni 1868, §§. 91 und 110,

aus dem beim 2. Einl.-Punkte gedachten, dieser Anstalt gehörigen Teiche eine Wassermasse von einem Punkte oberhalb der Stelle, an welcher Klägers gegenwärtig in Frage kommende Parzelle an der Münzbach liegt, letzterer zugeführt worden ist, so kann an sich schon in dieser Vermehrung des Wasserlaufes in der Münzbach eine die Rechte Klägers irgendwie verletzende Handlung noch nicht gefunden werden, und ebensowenig kommt dabei an sich darauf etwas an, ob die also zugeführte Wasserquantität mehr oder weniger Schlamm mit sich gebracht habe. Nun beruft sich zwar Kläger noch darauf, daß durch die betreffende Manipulation eine Ueberfüllung des Bettes der Bach verursacht, hierdurch eine Ueberschwemmung der erwähnten Parzelle herbeigeführt und dadurch in Folge der Bedeckung der letzteren mit dem der Münzbach Seiten der Wasserlauf-Anstalt zugeführten Schlamme, die Ertragsfähigkeit der Parzelle sehr bedeutend beeinträchtigt worden sei. Allein sollte aus diesen Umständen eine genügende Unterlage für die erhobene Negatorienklage (so hat Kläger dieselbe auch selbst charakterisirt) hergeleitet werden, so müßte nach der für diese Klage aus den Bestimmungen des BGB.'s §. 321,

Siebenhaar, Commentar (2. Ausg.) Bd. I, S. 321,

zu entnehmenden rechtlichen Natur, ein thatsächliches Anhalten dafür geboten sein, daß es bei Anordnung der Maßnahme in das Bewußtsein der dabei für die Wasserversorgungsanstalt handelnden physischen Personen getreten sei oder habe treten müssen, wie ihre Handlungsweise so beschaffen sei, daß sie das Eigenthum Klägers am fraglichen Grundstücke afficire, also einen solchen factischen Zu-

stand herbeiführe, welcher als eigentlicher Angriff gegen den das Object des Eigenthums Klägers bildenden Grund und Boden sich darstelle, und mit dem absoluten Rechte des Klägers auf diesem Grund und Boden und an diesem Grund und Boden nicht übereinstimmen. An einer derartigen Begründung der Klage hat es Kläger fehlen lassen. Das von ihm geltend gemachte, Seiten der Wasserlauf-Anstalt beobachtete Verfahren läßt nur soviel erkennen, daß Kläger eine in Folge der Beeinträchtigung der Ertragsfähigkeit, überhaupt der landwirthschaftlichen Nutzungen jener Parzelle, durch eine Seiten Beklagtens zu vertretende Verschuldung für ihn, Klägern, erwachsene rechtswidrige Vermögensschädigung geltend machen wolle. Damit nimmt die Klage lediglich den Charakter einer persönlichen Schädenklage — der sogenannten Aquilischen Klage — an. Ein wesentliches Erforderniß hierbei wäre aber die Quantificirung des behaupteten Schadens, nach dessen Höhe die Ersatzpflicht Beklagtens eintreten solle, gewesen. Auch hieran hat es Kläger fehlen lassen. Die in sein Klaggesuch mit aufgenommene allgemeine Forderung des Ersatzes erweislicher Schäden, stellt sich, wie die vorige Instanz bereits hervorgehoben hat, nur als eine an das der erhobenen Negatorienklage entsprechende Klaggesuch angeschlossene Nebenforderung dar, welche, da das Hauptgesuch wegen Unschlüssigkeit der Klage hinfällig wird, in diesem Rechtsstreite allein nicht weiter in Betracht kommen kann.

Auch darin hat eine ausreichende Begründung der Klage nicht erblickt werden können, daß Kläger auf die beim 24. bis 28. Einl.-Punkte wiedergegebene Aeußerung sich bezogen hat, welche der in der Klage genannte Stollnfactor B. bei einem wegen der behaupteten Schädigung vom Kläger ausgebrachten gütlichen Verhöre angeblich gethan haben soll. Denn zunächst enthält die dem gedachten B. vom Beklagten Behufs der Abwartung der einschlagenden Verhandlung ertheilte Vollmacht irgend einen Auftrag, oder eine Clausel, worauf der Genannte zu der fraglichen, die Prätension einer Eigenthumsbeschränkung Klägers ausdrückenden Aeußerung sich hätte ermächtigt erachten können, nicht. Im Uebrigen aber kann allerdings, und hier tritt man im Wesentlichen der Auffassung Beklagtens bei, aus Aeußerungen, welche bei zur Anbahnung güt-

licher Vermittelung gepflogenen Verhandlungen gelegentlich fallen, so ohne Weiteres und dafern nicht die entgegengesetzte Meinung zweifellos ausgedrückt worden ist (ein Fall, der gegenwärtig nicht vorliegt), noch kein Präjudiz für einen oder den andern der Verhandelnden entnommen werden, wenn der Zweck der Verhandlung, die gütliche Beilegung, nicht erreicht wird; dies umsoweniger, wenn, wie im vorliegenden Falle, die fragliche Aeußerung gänzlich außerhalb ihres Zusammenhanges mit den übrigen, nicht bekannten Aeußerungen der Betheiligten bei der Verhandlung geltend gemacht wird, und mithin dieselbe ihrer Tragweite nach gar nicht vollständig gewürdigt werden kann.

Es ist also weder die vom Kläger behauptete thatsächliche, noch die an zweiter Stelle von ihm geltend gemachte wörtliche Störung seines Eigenthums schlüssig begründet worden, und da Beklagter seinen von Haus aus in der Sache gestellten Antrag auf Abweisung Klägers in der angebrachten Maße — bei welchem derselbe in der an die zweite Instanz gerichteten Berufungsschrift stehen geblieben ist — nach Bl. auch jetzt noch festgehalten hat, so hatte man gegenwärtig die Abweisung der Klage, wie geschehen, auszusprechen.

73.

Ist ein im Miteigenthume Mehrerer befindliches Grundstück verpfändet, so ist der Gläubiger nicht behindert, nur gegen einen Jener die Pfandklage anzustellen. — BGB. §§. 329, 330, 388, 424, 425.

II. Sen.-Erk. vom 21. Juni 1870 no. 386/386.

Nach §. 330 des BGB.'s ist zu einer Verfügung über eine gemeinschaftliche Sache im Ganzen allerdings die Einwilligung aller Miteigenthümer erforderlich. Allein wie hieraus abzuleiten sein solle, daß der Pfandgläubiger, welchem ein im Miteigenthume Mehrerer befindliches Grundstück verpfändet ist, wenn er mit der Pfandklage Befriedigung suchen will, letztere nothwendiger Weise gegen sämmtliche Miteigenthümer richten müsse, ist umsoweniger abzusehen, als es sich bei Anstellung der Pfandklage offenbar gar

nicht darum handelt, daß der eine oder der andere Miteigenthümer des verhafteten Grundstücks über solches irgend eine Verfügung treffen solle.

Ebensowenig läßt sich für die Meinung Beklagtens und der vorigen Instanz, daß es unzulässig sei, die Pfandklage blos gegen Einen der Miteigenthümer anzustellen, aus §. 425 des BGB.'s etwas entnehmen.

Es ist daher vielmehr von nachstehenden Erwägungen auszugehen:

Befindet sich ein Grundstück im Miteigenthume Mehrerer, so besteht das Recht eines Jeden der Miteigenthümer in einem ideellen Antheile an dem Grundstücke. Verpfänden mithin die mehreren Miteigenthümer das Grundstück wegen einer von ihnen gemeinschaftlich contrahirten Schuld, so verpfändet jeder Einzelne seinen ideellen Antheil. Da nun aber nach §§. 329 und 388 des BGB.'s zweifellos auch blos ein einzelner der ideellen Antheile verpfändet werden kann, und in einem Falle dieser Art der Pfandgläubiger offenbar gar nicht im Stande ist, die Pfandklage auch noch gegen eine andere Person als gegen den Eigenthümer des ihm verpfändeten ideellen Antheils zu richten, gleichwohl, wenn der Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung Zwangsversteigerung verlangt, diese nach §. 424 des BGB.'s sich auf das ganze Grundstück zu erstrecken hat, so muß es auch in dem Falle, wenn einem Pfandgläubiger wegen der nämlichen Schuld sämmtliche ideelle Antheile an einem Grundstücke verpfändet sind, gestattet sein, die Pfandklage nur gegen einen Einzelnen der Miteigenthümer anzustellen, indem kein Grund vorliegt, weshalb der zufällige Umstand, daß dem Pfandgläubiger auch die übrigen ideellen Antheile verhaftet sind, an seiner Lage etwas ändern sollte, beziehentlich weshalb solchen Miteigenthümern, welche ihre Antheile mit verpfändet haben, mehr Rechte einzuräumen wären, als Denen, welche dies nicht gethan. Kommt es zur Zwangsversteigerung, so hat sich diese eben auf das ganze Grundstück zu erstrecken, und der Pfandgläubiger erhält seine Befriedigung:

a) aus dem Erstehungsgelderantheile desjenigen Miteigenthümers, welchen er verklagt hat, weil er ihn verklagt hat;

b) aus den Erstehungsgelderantheilen der übrigen Miteigenthümer, weil der abzufassende Vertheilungsplan auf die Vertheilung der sämmtlichen Erstehungsgelder zu richten ist.

74.

Die Bestimmung des §. 520 des BGB.'s, daß es keine Dienstbarkeit an der eigenen Sache gebe, verhindert bei der Ersitzung einer Dienstbarkeit auf eine Zeit zurückzugreifen, wo das herrschende und das dienende Grundstück in einer Hand waren.

II. Sen.-Erk. vom 21. Juni 1870 no. 378/390.

Nach dem Einverständnisse der Parteien haben die Güter des Klägers und des Beklagten bis zum Jahre 1831 oder 1832 ein einziges Gut gebildet und erst zur angegebenen Zeit ist dasselbe in zwei Theile getheilt worden, von denen eben dermalen der eine in Klägers, der andere in Beklagtens ausschließlichem Besitzthum sich befindet. Der Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß eine Servitut nur an einer fremden, nicht an einer eigenen Sache bestehen kann,

l. 26 D. de serv. praed. urban. (8, 2),
l. 33 in f. D. de servit. praed. rust. (8, 3),
l. 10 D. comm. praed. tam urb. quam rust. (8, 4),
l. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6),

hat von jeher in Sachsen gegolten, und ist auch in das BGB. §. 520 übergegangen. Aus demselben folgt, daß, wenn die früheren Eigenthümer ungetheilten Gutes den fraglichen Wegetract befuhren, sie dies eben nur vermöge ihres Eigenthumsrechts thaten und thun konnten, daß mithin das Fahren derselben auf dem eigenen Grund und Boden nicht als Ausübung eines Dienstbarkeitsbesitzes, wie er zur Erwerbung von Servituten mittelst Ersitzung erforderlich und eben nur an einer fremden Sache denkbar und möglich ist, sich ansehen und geltend machen läßt. Sonach war bis zu der erwähnten Theilung des Gutes für die Eigenthümer desselben eine Grunddienstbarkeit zu erwerben ausgeschlossen; nur erst nach der Theilung konnte der Besitzer der einen Gutshälfte an der andern eine solche erwerben, und sollte von einer

Erwerbung auf dem Wege der Ersitzung die Rede sein können, so mußte der Besitzer des angeblich herrschenden Grundstücks sich in der Lage befinden, zu behaupten und nachzuweisen, daß die von ihm beanspruchte Dienstbarkeit nach der Gutstheilung rechtsverwährte Zeit hindurch von ihm und seinem Besitzvorgänger ausgeübt worden sei. Im vorliegenden Falle aber reichen die Besitzacte, auf welche in der Klage Bezug genommen ist, nur bis zum Jahre 1854, und der Zeitraum vom Jahre 1831 oder 1832 bis zum Jahre 1854 ist ein viel zu kurzer, als daß innerhalb desselben die Ersitzung hätte vollendet werden können.

75.

Cautionshypothek in der Form einer gewöhnlichen Hypothek.

II. Sen.-Erk. vom 19. Mai 1870 no. 300/313.

Nach Inhalt der Schuld- und Pfandverschreibung, welche dem dem Liquidationsfascikel unter 6 im Original vorgehefteten Hypothekenbrief inserirt ist, haben der Gemeinschuldner J. Ch. Kr. und dessen Ehefrau unter dem 21. März 1867 bekannt, daß ihnen auf ihr Ansuchen an diesem Tage von G. F. H. 1500 Thaler dargeliehen und ausgezahlt worden seien, und es haben zugleich die Kr.'schen Eheleute zur Sicherstellung dieser Forderung nebst Zinsen zu 6 vom Hundert und Kosten die auf den Folien unter Nr. 452 des Grundbuchs für R. und unter Nr. 264 des Grundbuchs für B. eingetragenen Grundstücke, von denen das erstere dem Gemeinschuldner, das letztere aber der verehel. Kr. allein gehörte, unterpfändlich eingesetzt. Auf beiden Folien ist auch diese Verpfändung unter dem 26. März 1867 verlautbart worden.

Nachdem zu Kr.'s Vermögen am 30. October 1868 der Concurs eröffnet worden war, hat genannter H. auf Grund der angezogenen Urkunde die erwähnte Forderung an 1500 Thaler nebst Zinsen zu 6 vom Hundert vom 15. Juli 1868 an gerechnet bei dem Creditwesen angemeldet, und dabei zugleich deren prioritätische Befriedigung aus dem Erlös des R.'r Grundstücks verlangt. Seiten des Concursvertreters ist dieser Antrag H.'s zwar formell als ge-

rechtfertigt anerkannt, dagegen aus materiellen Gründen bestritten worden. Es hat nämlich der Concursvertreter in dieser Beziehung angeführt, zwischen dem Liquidanten und dem Gemeinschuldner habe eine fortgesetzte Geschäftsverbindung bestanden, in Folge deren der Letztere nach seinem Bedürfniß gegen Accept und Vorausbezahlung der Zinsen Darlehne von dem Liquidanten gewährt erhalten habe, und es sei zu Sicherstellung der dem Letzteren aus diesen Darlehnen entstandenen Forderungen die oberwähnte Hypothek bestellt worden, der Fassung der Schuld- und Pfandverschreibung nach zwar als feste Hypothek, in Wirklichkeit aber als Cautionshypothek. Aus dieser Geschäftsverbindung existirten nun, nachdem die früheren Wechsel bei Verfall vom Gemeinschuldner eingelöst oder gegen neue eingetauscht worden, noch drei von dem Gemeinschuldner acceptirte, in den Monaten April und Mai 1868 ausgestellte Wechsel im Gesammtbetrage von 1200 Thalern, so daß Liquidant auch nur diesen Betrag nebst den berechneten Zinsen zu fordern habe. Auch sei zwischen dem Liquidanten und dem Gemeinschuldner vereinbart worden, daß die gedachte Hypothek als Caution bis zur Erledigung auch dieser Geschäfte verlautbart bleiben solle.

Der Liquidant hat darauf, ohne über das Vorbringen des Concursvertreters sich weiter auszulassen, die von ihm angemeldete Forderung auf den von dem Letzteren angegebenen Betrag herabgesetzt und auch nur insoweit noch prioritätische Befriedigung beansprucht, von dem Concursvertreter ist aber im Allgemeinen in Location der herabgesetzten Forderung gewilligt worden. Dagegen haben die in dem abgehaltenen Verhandlungstermine erschienenen Gläubiger der Locirung der H.'schen Forderung und der Befriedigung derselben aus der bestellten Hypothek widersprochen, indem die von dem Liquidanten Bl. des Liquidationsfascikels 6 angemeldete Forderung eine ganz andere sei, als die Bl. des nämlichen Fascikels zur Geltung gebrachte, H. mithin an deren rechtzeitiger Anmeldung sich versäumt habe, während diejenige Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden, wenn sie überhaupt existirt habe, wieder erloschen sei.

Inzwischen war das oberwähnte R.'r Grundstück für das Höchstgebot von 5400 Thalern nothwendiger Weise subhastirt

worden und der Concursvertreter legte unter Hinweis auf den von der Gläubigerschaft in dem vorerwähnten Verhandlungstermine erhobenen Widerspruch, gegen jede Auszahlung der aus jener Subhastation erzielten Licitalgelder an H. und gegen jede Berücksichtigung der für Letzteren bestellt gewesenen Hypothek bei Aufstellung des Vertheilungsplanes Verwahrung ein.

In dem Ordnungsbescheid, in dem darüber entschieden wurde, in welcher Weise und Ordnung die liquidirt habenden Gläubiger aus der freien Masse zu befriedigen seien, erkannte darauf das Concursgericht, daß H.'s Suchen um Location der von ihm angemeldeten Forderung nicht Statt habe, indem in Gemäßheit der von dem Concursvertreter erhobenen, Seiten H.'s für zugestanden zu achtenden Einwendungen angenommen werden müsse, daß entweder das Darlehnsbekenntniß, auf welches H. bei der von ihm bewirkten Anmeldung sich bezogen, nicht ernstlich gemeint gewesen sei, oder daß das in dieser Urkunde verlautbarte Schuldverhältniß durch Novation, beziehentlich Zurückzahlung der dargeliehenen Summe vor der Concurseröffnung wieder erloschen sei, während eine Berücksichtigung der Bl. versuchten veränderten Begründung der Forderung nach §. 6 des Gesetzes vom 8. Juli 1868 ausgeschlossen erscheine.

Nachdem hierauf H. gegen diesen Bescheid um deswillen, weil er mit seiner Forderung bei dem Creditwesen abgewiesen, und nicht vielmehr nach Höhe von 1200 Thalern zur prioritätischen Befriedigung aus dem Erlöse des verpfändeten Grundstücks locirt worden sei, appellirt hatte, in dem Vertheilungsplane aber ausgesprochen worden war, daß der dort Bl. erwähnte Rest der Licitalgeldermasse an 619 Thaler 28 Ngr. in Folge der von dem Concursvertreter ausgebrachten Verwahrung bis zur Entscheidung der zwischen demselben und H. in Betreff der mehrgedachten Hypothek anhängigen Differenz in Deposito zu verbleiben habe, änderte die zweite Instanz den angezogenen Ordnungsbescheid insofern ab, als sie zunächst die von dem Concursvertreter vorgeschützte Ausflucht zum Beweis aussetzte.

Bei nochmaliger Erwägung der Sache, die in Folge der von dem Liquidanten H. anderweit eingewendeten Appellation einzutreten



hatte, ist man nun aber zu einer von den vorigen Entscheidungen abweichenden Anschauung gelangt.

Vorauszuschicken ist, daß an sich H. den von ihm erhobenen Anspruch, soweit er Befriedigung desselben aus dem ihm verpfändeten, oberwähnten Grundstück des Gemeinschuldners suchen wollte, in Gemäßheit §. 2 des Gesetzes vom 8. Juli 1868 unabhängig von dem Verfahren über die zur Befriedigung aus der gemeinen Concursmasse angemeldeten Forderungen zu verfolgen hatte, und daß daher, obschon er seine Forderung insoweit, als er Befriedigung derselben aus der gemeinen Concursmasse überhaupt suchen konnte, solche bei der letzteren geltend zu machen berechtigt war, doch in dem in dem Concursprozesse zu ertheilenden Ordnungserkenntniß darüber, ob H. aus dem Erlöse des ihm verpfändeten R.'r Grundstücks zu befriedigen sei, an sich nicht zu erkennen war. Vielmehr wäre über diese Frage, nachdem der Concursvertreter dem diesfallsigen Suchen H.'s widersprochen hatte, in dem bezüglich der Vertheilung der erlangten Erstehungsgelder zu entwerfenden Plan zu entscheiden gewesen. Es hat auch demgemäß das Concursgericht selbst in dem Ordnungsbescheid über das von H. beanspruchte Recht, aus jenen Erstehungsgeldern befriedigt zu werden, nicht mit erkannt, sondern nur darüber sich ausgesprochen, ob H. bei der freien Masse als gemeiner Gläubiger in Ansatz zu bringen sei.

Dagegen hat die zweite Instanz Inhalts der von ihr ertheilten Entscheidungsgründe die Frage, ob H. einen Anspruch auf Befriedigung aus der Pfandmasse habe, dafern die Behauptungen des Concursvertreters in Wahrheit beruhen sollten, zum hauptsächlichen Gegenstand ihrer Erwägungen gemacht, und auch nur nach dieser Richtung hin auf den Beweis des Anführens des Concursvertreters erkannt, die weitere Frage aber, ob H. etwa wegen unterlassener rechtzeitiger Anmeldung seiner Ansprüche aus den von dem Concursvertreter erwähnten Wechseln von der gemeinen Masse auszuschließen oder mit diesen letzteren Forderungen unter den Chirographariern zu lociren sein werde, zur Zeit unbeantwortet gelassen, und deren Entscheidung der künftigen Definitive überlassen.

Da nun das von dem Liquidanten eingewendete Rechtsmittel ausdrücklich nur darauf gerichtet ist, daß er, der Liquidant, nicht

ohne Weiteres für befugt erachtet worden sei, wegen der von ihm angemeldeten Forderung nach Höhe von 1200 Thalern aus dem Erlöse des mehrerwähnten Grundstücks befriedigt zu werden, da demnächst auch der Concursvertreter, wie aus seiner Widerlegungsschrift hervorgeht, damit einverstanden ist, daß über diese Frage gegenwärtig zu entscheiden sei, und da endlich, wie schon oben bemerkt worden, in dem die Vertheilung der erlangten Erstehungsgelder betreffenden Plan die in vorgedachter Beziehung zwischen H. und dem Streitvertreter obwaltende Differenz nicht zum Austrag gebracht, sondern der noch übrige Rest der Licitalgeldermasse an 619 Thlr. 28 Ngr., welcher eintretenden Falles H.'n zuzuweisen sein würde, bis zur Entscheidung dieser Differenz in gerichtliche Verwahrung genommen worden ist, so hat man auch in gegenwärtiger Instanz kein Bedenken getragen, jene Streitfrage der richterlichen Cognition zu unterwerfen.

In Betreff derselben war aber Folgendes zu bemerken.

Nach Inhalt der angezogenen Schuld- und Pfandverschreibung hat H. die in derselben erwähnten 1500 Thaler den beiden Kr.'schen Eheleuten darlehnsweise vorgestreckt, und es ist mithin im Zweifel davon auszugehen, daß Jedes der genannten Eheleute die Hälfte der gedachten Summe erhalten habe. Es konnte daher auch H. als persönlicher Gläubiger Kr.'s bei dessen Concurs überhaupt nicht mehr als jene Hälfte beanspruchen, indem der Gemeinschuldner eine solidarische Verbindlichkeit in Betreff der ganzen Summe nicht übernommen hatte. Da jedoch der Letztere zugleich das ihm zugehörig gewesene R.'r Grundstück wegen der ganzen 1500 Thaler sammt Zinsen und Kosten verpfändet hat, diese Verpfändung auch nach Höhe der ganzen Summe auf dem Folium des gedachten Grundstücks im Hypothekenbuch verlautbart worden ist, und zwar ohne Erwähnung des Umstands, daß das Pfandrecht zum Theil für eine fremde Schuld bestellt worden sei, hiernach aber davon auszugehen ist, daß der Gemeinschuldner wenigstens in Ansehung des von ihm bestellten Pfandes für die ganze Forderung H.'s als Selbstschuldner eingetreten sei, so war es dem Liquidanten an sich unbenommen, seine Befriedigung wegen der ganzen ihm zustehenden Forderung aus dem Erlöse des ihm von dem Gemein-

schuldner verpfändeten Grundstücks zu beanspruchen. Praktisch kommt übrigens hierauf um deswillen nicht viel an, weil der Licitalgelderrest, der zu H.'s Befriedigung verwendet werden könnte, sich überhaupt auf nicht mehr als auf 619 Thlr. 28 Ngr. beläuft.

Die Frage ist daher nur noch die, ob, wenn des Streitvertreters Anführen in Wahrheit beruhen sollte, H. dennoch auf Grund der mehrgedachten Schuld- und Pfandverschreibung und des erfolgten Eintrags der von dem Cridar bewirkten Verpfändung seines Grundstücks für befugt zu achten sei, daß er in der vorangegebenen Maße aus den Erstehungsgeldern befriedigt werde.

Man hat nun aber in jetziger Instanz dem Vorbringen des Concursvertreters, das übrigens, wie schon in den Entscheidungsgründen des vorigen Urthels ausgeführt worden, als bereits in Liquidität gesetzt, nicht zu betrachten ist, materielle Relevanz überhaupt nicht beilegen können.

Nach den eigenen Anführungen des Streitvertreters ist die Absicht der Contrahenten von Anfang an darauf gerichtet gewesen, daß dem Liquidanten H. an dem erwähnten R.'r Grundstück eine Hypothek nach Höhe von 1500 Thalern zur Sicherung für alle diejenigen Darlehne bestellt werden solle, welche er während der Dauer der zwischen ihm und dem nachherigen Gemeinschuldner bestehenden Geschäftsverbindung dem Letzteren gewähren werde. Gleich bei Constituirung jener Hypothek ist mithin der Wille der Betheiligten dahin gegangen, daß das durch Ausstellung der erwähnten Schuld- und Pfandverschreibung begründete Schuldverhältniß so lange fortzubestehen habe, als die Geschäftsverbindung zwischen H. und K. dauern werde, und zwar in der Maße, daß auch dann, wenn K. während gedachter Verbindung an H. Gelder zurückzahlen würde, diese Rückzahlungen doch immer nicht als gänzliche oder theilweise Tilgungen des ursprünglichen Forderungsrechts H.'s angesehen werden, und daß insonderheit auch derartige Rückzahlungen K.'s an H. so lange, als zwischen Beiden die erwähnte geschäftliche Verbindung dauern würde, das Erlöschen der gedachten Hypothek nicht ohne Weiteres zur Folge haben sollten. Wenn daher auch K. an Stelle derjenigen Wechsel, die H. zur Zeit der Ausstellung der Schuld- und Pfandverschreibung von ihm in Händen hatte, später

andere Wechsel hingab oder acceptirte, so wurde doch hierdurch das ursprüngliche Schuldverhältniß nicht alterirt; es blieb vielmehr dasselbe auch solchenfalls noch in seinem früheren Bestande, und demzufolge erstreckte sich auch, in Gemäßheit der hierunter von Anfang an vorhanden gewesenen Absicht der Betheiligten, die erwähnte Hypothek auf jene späteren, an die Stelle der früheren getretenen Wechsel. Unter diesen Umständen läßt sich aber im vorliegenden Falle nicht behaupten, daß durch eine Verabredung des Hypothekenschuldners und des Hypothekengläubigers derjenigen Forderung, welche durch den am 26. März 1867 erfolgten Eintrag in das Hypothekenbuch mit Hypothek versehen worden war, nachträglich eine andere substituirt worden sei, indem vielmehr das anfängliche Forderungsrecht H.'s nach dem ursprünglichen Willen des Schuldners und des Gläubigers fortbestand, und ebensowenig läßt sich, wie in voriger Instanz geschehen, davon ausgehen, daß, die Wahrheit der Behauptungen des Streitvertreters vorausgesetzt, die eingetragene Forderung gar nicht zur Existenz gelangt oder daß wenigstens die bei Ausbruch des Concurses vorhanden gewesene Forderung H.'s eine ganz andere als die verbriefte und intabulirte gewesen sei. Denn daß Kr. an dem Tage, an welchem er die angezogene Urkunde ausstellte, H.'n darlehnsweise 1500 Thaler nicht geschuldet habe, ist von dem Streitvertreter nicht behauptet worden, er hat vielmehr eingeräumt, daß H.'s Guthaben an Kr. aus der zwischen Beiden, und zwar, wie der Streitvertreter zugiebt, schon vor der Ausstellung jenes Documents bestanden habenden Geschäftsverbindung die Höhe von 1500 Thalern erreicht haben könne, und man hat daher keinen hinreichenden Grund zu der Annahme, daß, als die Hypothek wegen der 1500 Thaler auf Kr.'s Grundstück eingetragen wurde, eine auf so hoch sich belaufende Darlehnsforderung überhaupt nicht vorhanden gewesen sei. Sollte aber das diesfallsige Schuldverhältniß dem gleich von Anfang an kundgegebenen Willen der Contrahenten gemäß, trotzdem daß Kr. im ferneren Laufe seiner geschäftlichen Verbindung mit H. diesem etwa Gelder auszahlte, beziehentlich neue Wechsel gab, fortdauern, so existirte die ursprüngliche, hypothekarisch sicher gestellte Forderung

H.'s auch noch zur Zeit der Concurseröffnung, und sie hat daher auch dem Concurs gegenüber noch rechtliche Wirksamkeit.

76.

Ueber das Versprechen der Handlung (Unterlassung) eines Dritten. — BGB. §. 799.

II. Sen.-Erk. vom 1. März 1870 no. 88/79.

Insoweit Beklagter dafür haften zu wollen erklärte, daß das Consenscapital der 6000 Thaler auch nach den Erbtheilen seiner Miterben bis Ende März 1878 stehen bleiben sollte, versprach er eine Handlung dritter Personen, den Ausdruck „Handlung" in dem Sinne gebraucht, in welchem er auch das Nichthandeln (non facere), nämlich das Nichtkündigen des Capitals und Nichterhöhen des Zinsfußes umfaßt.

Die hier einschlagende gesetzliche Vorschrift ist die des §. 799 des BGB.'s, nach welcher das Versprechen der Handlung eines Dritten gültig ist, jedoch den Dritten nicht wider seinen Willen verpflichtet.

Die erste Instanz hat erkannt, daß der Beklagte (vermöge seines für seine Miterben geleisteten Garantieversprechens) verbunden sei, das Consenscapital der 6000 Thaler, soweit es seinen Miterben gehöre, zu bezahlen, und dadurch (namentlich in Gemäßheit der Vorschriften in §§. 445, 447 des BGB.'s) zu bewirken, daß er als alleiniger Gläubiger des Consenscapitals der 6000 Thaler im Hypothekenbuche eingetragen und auf diese Weise in den Stand gesetzt werde, das angegebene Consenscapital bis zum Ablauf des Monats März 1878 dem Kläger gestunden zu können. Nach der Ansicht des OAG.'s geht aber diese condemnatoria zu weit. Wie bereits oben erwähnt worden ist, hat der Beklagte nach dem Verhältnisse der Erbtheile seiner Miterben eine fremde Handlung (factum alienum) versprochen. In dem §. 799, Satz 1 des BGB.'s wird nun allerdings gesagt, daß ein solches Versprechen gültig sei, und allerdings kann dies mit Hinsicht auf den §. 761 nur so verstanden werden, daß der Promissar auch auf die Erfüllung des Versprechens, also auf die Handlung des Dritten, zu klagen

berechtigt sei. Aber hieraus folgt nicht, daß die condemnatoria aussprechen könne, es habe der Promittent durch seine Handlungen einen Zustand herzustellen, wie er sich gestalten würde, wenn der Dritte die versprochene Handlung vornähme. Dies ist keineswegs der Sinn der angegebenen §§. 761 und 799 des BGB.'s. Namentlich weicht die Vorschrift des §. 799, Satz 1 des BGB.'s von dem gemeinen Rechte nur insofern ab, als nach derselben, in Ermangelung einer Vereinbarung, angenommen wird, es sei bei dem Versprechen der Handlung eines Dritten die Absicht der Contrahenten dahin gegangen, daß der Promittent für die Folgen der Handlung des Dritten haften, namentlich vollen Schadenersatz leisten solle, wenn die Handlung unterbleibe, oder, sofern es auf ein non facere ankommt, dem Vertrage zuwider gehandelt werde, während das gemeine Recht das Versprechen der Handlung eines Dritten so auffaßt, es habe der Promittent, wenn die Handlung des Dritten unterbleibe, nur dann vollen Schadenersatz zu leisten, wenn er sich ausdrücklich anheischig gemacht habe, zu bewirken, daß der Dritte die Handlung vornehme.

Commentar zum BGB. ed. II, Bd. II, S. 71, 96 flg.

Siebenhaar, Correalobligationen S. 275 flg.

Der §. 799, Satz 1 des BGB.'s stimmt daher insoweit mit dem gemeinen Rechte überein, als, abgesehen von dem Falle einer versprochenen Conventionalstrafe, der Promittent einer fremden Handlung immer nur zum Schadenersatze verbindlich ist. Hieran wird auch durch den §. 761 des BGB.'s Etwas nicht geändert, indem darin nur gesagt wird, es habe der Promissar das Recht, seine Klage auf die Handlung des Dritten selbst zu richten, er sei also nicht verbunden, seine Schäden schon in der Klage zu quantificiren, oder mit andern Worten, es sei der Schädenanspruch nicht nothwendig Gegenstand des Prozesses, sondern es könne auch blos auf die Existenz der Verbindlichkeit zur Vertretung der Handlung des Dritten geklagt, und die Ermittelung der Schäden der Executionsinstanz überlassen, oder auch die auf die Existenz der Schadenersatzverbindlichkeit lautende res judicata als Grundlage für eine besondere Schädenklage benutzt werden.

Commentar zum BGB. Bd. II, S. 97, 223 flg.

Unter diesen Verhältnissen hat man die condemnatoria rücksichtlich der Erbtheile der Miterben des Beklagten dahin gefaßt, daß der Beklagte das Stehenbleiben des Consenscapitals der 6000 Thaler bis Ende März 1878 zu bewirken habe, und es mag nur noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß diese Fassung gewählt worden ist, um darauf aufmerksam zu machen, daß es sich in der Executionsinstanz nicht um eine Handlung, welche der Beklagte vorzunehmen habe, sondern nur um Schäden handeln könne, welche der Beklagte dem Kläger zu ersetzen haben werde, wenn er das in Beziehung auf die Capitalantheile seiner Miterben geleistete Versprechen nicht erfüllen sollte.

77.

Executivklage auf in einer besonderen Urkunde versprochene Zahlung des Kaufpreises ohne Nachweis der Kaufserfüllung Seiten des Klägers. — BGB. §. 859.

II. Sen.-Erk. vom 10. März 1870 no. 72|115.

In dem Eingange der der erhobenen Executivklage zu Grunde liegenden Schuld- und Pfandverschreibung wird zwar darauf Bezug genommen, daß der Entstehung des libellirten Anspruchs ein zwischen den Parteien über ein dem Kläger zugehörig gewesenes, auf Folium 10 des Grund- und Hypothekenbuchs für G. eingetragenes Immobiliarbesitzthum abgeschlossenes Kaufgeschäft zu Grunde liege. Aus diesem Kaufsgeschäfte würde allerdings der Kläger als Verkäufer nach §. 1089 des BGB.'s verpflichtet sein, dem Beklagten als dem Käufer nicht nur den Besitz des verkauften Gutes zu übertragen, und, da zur Erwerbung des Eigenthums an selbigem nach §. 276 des BGB.'s Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, Alles zu thun, was seinerseits geschehen müßte, damit die Eintragung des Beklagten erfolgen könnte. Im Zweifel würde daher Kläger, hätte er aus dem gedachten Kaufe geklagt, nach §. 859 des BGB.'s nur dann von dem Beklagten Erfüllung fordern können, wenn er seinerseits erfüllt hätte oder zur Erfüllung bereit wäre, und es würde, da von dem Beklagten die mangelnde Contractserfüllung thatsächlich geltend gemacht worden ist, die er-

hobene Klage als Kaufsklage nur dann als begründet angesehen werden können, wenn von dem Kläger zum Mindesten in der Replik die Behauptung, daß er seinerseits erfüllt habe, aufgestellt, und, dafern er Urkunden hierfür nicht in den Händen haben sollte, der förmliche Beweis dieser Behauptung nach Maßgabe der Vorschrift in §. 4 des Anhangs zur Erl.PO. angetreten worden wäre.

Annalen des OAG.'s N. F. Bd. II, S. 51 flg.

Schon die angezogene Bestimmung in §. 859 des BGB.'s macht jedoch eine Ausnahme von der vorgedachten Regel dann, „wenn das Vorausgehen der Erfüllung des Anderen verabredet ist, oder in der Natur des bezüglichen Geschäfts liegt.“ Ein Fall dieser Art ist augenscheinlich nicht nur dann, wenn Einer der Contrahenten eine einzelne aus dem gegenseitigen Vertrage herrührende Verbindlichkeit ausdrücklich als eine Vorleistung übernimmt, sondern namentlich auch dann vorhanden, wenn derselbe nur überhaupt eine solche einzelne Verbindlichkeit unabhängig von der den anderen Theil betreffenden Verpflichtung zu erfüllen verspricht, und solchergestalt wegen der ihm obliegenden Contractserfüllung ein anderweites ihn besonders verpflichtendes einseitiges Obligationsverhältniß eingeht.

In dem vorliegenden Falle hat Kläger sowohl den Umstand, daß unter den Kaufsinteressenten ausdrücklich ausbedungen worden, es sollten über den libellirten Theil der Kaufgelder in einer besonderen Urkunde nähere Bestimmungen und Bedingungen fixirt werden, als auch den Inhalt dieser besonderen Vereinbarung, nach welcher Beklagter dem Kläger wegen der gedachten Kaufgelderforderung und der davon zu erwähnenden Zinsen Hypothek an seinem auf Folium 4 des Grundbuchs für O. eingetragenen Grundstücke angelobt hat, liquid gestellt. Aus diesem Versprechen, nicht aus dem demselben vorausgegangenen Kaufgeschäfte ist gegenwärtig geklagt. Durch das erstere wird nun das Anverlangen Klägers, soweit es auf Einräumung der angelobten Pfandbestellung gerichtet ist, ausreichend begründet, und es bedurfte hiernach namentlich des gleichzeitigen Nachweises der Seiten Klägers bewirkten Kaufserfüllung nicht.

Eine wesentlich davon zu trennende Frage ist dagegen die, ob

Beklagter auf Grund der nicht erfolgten Kaufserfüllung, beziehentlich auf Grund der auf Seiten des Verkäufers eingetretenen Unmöglichkeit, seinen aus dem Kaufe herrührenden Obliegenheiten nachzukommen, Wiederaufhebung des besonderen, wegen des hier in Streit befangenen Theils der Kaufgelderforderung eingegangenen Obligationsverhältnisses zu fordern befugt sein würde. Von einem näheren Eingehen auf diese Frage war jedoch in dem gegenwärtigen Urkundenprozesse schon deshalb abzusehen, weil Beklagter die nothwendigen Grundlagen einer solchen condictio causa data causa non secuta jedenfalls nicht in der für diese Prozeßart erforderlichen Art und Weise liquid gestellt hat. Auf das nachträglich unmittelbar Anher eingesendete, anbei zurückfolgende Zeugniß des GA.'s C. vom 17. Februar 1870 ist schon in Hinblick auf die Bestimmung in §. 17 des Gesetzes B vom 28. Januar 1835 kein Gewicht zu legen. Aber auch abgesehen hiervon, würde zu der Annahme, daß mit der Wiederaufnahme des Kaufgeschäfts, beziehentlich mit der für den Kläger eingetretenen Unmöglichkeit, seinerseits den Kaufvertrag zu erfüllen, ohne Weiteres auch das hier in Streit befangene Obligationsverhältniß als aufgehoben anzusehen sei, immer nur folgerungsweise gelangt werden können. Bekannten Rechten nach sind aber Thatumstände, die sich aus den beigebrachten Urkunden nicht sofort ergeben, sondern sich auf factische Vermuthungen stützen, welche zu ihrer Begründung noch einer Subsumtion unter speciell für gewisse Verhältnisse gegebene Gesetzesvorschriften bedürfen, im Urkundenprozesse unbeachtlich,

Annalen N. F. Bd. I, S. 190 flg.,

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle Jahrg. 1857, S. 167 flg. und 239 flg., Jahrg. 1861, S. 3,

und es ist hierbei gleichgültig, ob es sich um die Begründung der Klage selbst, oder um die Begründung von Einreden handelt. Mit Recht ist daher bereits von den vorigen Instanzen der Beklagte mit diesem Einwande zur besonderen Ausführung, beziehentlich in die Wiederklage verwiesen worden.

78.

Abtretung der hypothekarischen Forderung an den Mitschuldner. — Auslegung einer an sich unrichtig abgefaßten Abtretungserklärung. — BGB. §§. 964, 969.

II. Sen.-Erk. vom 21. Juni 1870 no. 386/386.

Die vorige Instanz ist von der Ansicht ausgegangen, soweit die erhobene Klage als eine persönliche in Frage komme, stehe ihr entgegen, daß die Darlehnsforderung, welche Klägerin geltend gemacht hat, schon vor deren Abtretung an die Klägerin durch Zahlung an den ursprünglichen Gläubiger, F. A. N., erloschen gewesen sei.

Hiergegen ist Nachstehendes zu bemerken:

Die nach der Urkunde Bl. von dem ursprünglichen Darlehnsgläubiger N. abgegebene Erklärung lautet wörtlich allerdings zwar dahin:

„Die in vorstehender Urkunde gedachten, auf Fol. 540 des Grund- und Hypothekenbuchs für die Stadt P. in Rubr. III, sub no. 2, II eingetragenen 1860 Thaler sind mir gegen bedungene Abtretung meiner Rechte von dem Mitschuldner H. baar und richtig ausgezahlt worden, und indem ich daher über den baaren und richtigen Empfang dieses Capitals hiermit quittire, trete ich zugleich alle mir deshalb, sowie wegen der Zinsen und Kosten zustehenden Rechte, insbesondere das Unterpfandsrecht an dem, erwähntem H. und C. M. F. gehörigen Grundstücke an gleichgedachten H. dergestalt und also ab, daß u. s. w."

Allein da eine bereits bezahlte Forderung selbstverständlich nicht abgetreten werden kann, gleichwohl eine Abtretung von N. in der That bezweckt und auch wirklich ausgesprochen worden, so liegt es auf der Hand, daß N. das, was er zu erklären beabsichtigt, nur incorrect ausgedrückt, und daß der eigentliche Sinn seiner Erklärung kein anderer als der sei:

„Nachdem ihm H. die Summe von 1860 Thalern ausgezahlt, so trete er demselben dafür die — näher beschriebene — Forderung von 1860 Thalern ab.

Dies um so gewisser, als Zahlung und Abtretung eben uno actu erfolgt sind.

Es war also die abgetretene Forderung zur Zeit der Abtretung noch keineswegs erloschen, vielmehr liegt die Sache genau genommen so, daß N. seine Forderung H.'n gegen Gewährung einer gleich hohen Summe käuflich überlassen hat. Da nun nach §. 964 des BGB.'s in der Regel Forderungen jeder Art, mithin auch Gesammtschuldforderungen, Gegenstand einer Abtretung sein können, und nach §. 969 des nämlichen Gesetzbuchs in Folge der Abtretung die Forderung auf den neuen Gläubiger ganz in dem Umfange, in welchem sie dem Abtretenden zugestanden, folglich auch mit dem Rechte, jeden einzelnen Gesammtschuldner in solidum in Anspruch zu nehmen, übergeht, da ferner nichts im Wege steht, selbst die Abtretung an einen der Gesammtschuldner für zuläßig zu halten,

Siebenhaar, Lehre von den Correalobligationen S. 357,
Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrgang 1867, S. 505 flg.,

so stellt es sich als unbedenklich dar, die erhobene Klage auch aus dem Gesichtspunkte einer persönlichen für begründet anzusehen.

79.

Neuerungsvertrag zwischen Schwiegervater und Schwiegersohn in Betreff einer versprochenen Mitgift. — BGB. §. 1001.

II. Sen.-Erk. vom 3. März 1870 no. 104/84.

Kläger und dessen Tochter M. sind die Intestaterben ihrer am 16. Juli 1867 verstorbenen Ehefrau und beziehentlich Mutter, einer Tochter des Beklagten und Schwester des Mitbeklagten, geworden. In dieser Eigenschaft klagt Kläger jetzt, und zwar zugleich für seine genannte Tochter auf Gewährung einer ihm für seine Ehefrau vom Beklagten versprochenen Mitgift von 5000 Thalern.

Während die erste Instanz in ihrem Erkenntnisse die Klage aufrecht erhalten und auf einen Ausfluchtsbeweis erkannt hatte, ist auf die Berufung des Beklagten und des Mitbeklagten in zweiter Instanz die Klage in der angebrachten Maße abgewiesen, und Kläger in Erstattung der Kosten beider vorigen Instanzen verurtheilt worden. Hiergegen ist das dermalige Rechtsmittel des Klägers gerichtet. Man hat jedoch zu einer Reformatoria nicht gelangen können.

Nach römischem Rechte war — abgesehen von dem Falle, wenn der Ehefrau ein Heirathsgut vermacht, und der Ehemann im Testamente nicht ausdrücklich zur Einhebung des Legates bevollmächtigt worden war — unstreitig nur der Ehemann dazu berechtigt, eine ihm versprochene Mitgift einzuklagen.

L. 5 C. de dot. promiss. (5, 11):

„Si pater marito tuo stipulanti promiserit dotem, non tibi, sed marito contra successores soceri competit actio."

Nach Sächsischem Rechte läßt sich zwar an der Befugniß der Ehefrau, mit Zustimmung des Ehemannes auf Erfüllung eines Dotalversprechens zu klagen, also die bezügliche Forderung geltend zu machen, nicht zweifeln, allein ebenso gewiß ist es, daß schon die seitherige Praxis die Klage des Ehemannes auf die versprochene Mitgift zuließ, und das BGB. hat in dieser Hinsicht jeden möglichen Zweifel beseitigt, indem es in §. 1677 ausdrücklich dem Ehemanne das Befugniß zuspricht, eine versprochene Ausstattung ohne Einwilligung der Ehefrau, also ganz selbstständig, zu erheben und einzuklagen. Wenn aber Kläger zur Erhebung und Einklagung der ihm vom Beklagten für seine Ehefrau versprochenen Mitgift befugt war, so war er auch berechtigt, in Bezug auf den Gegenstand des ihm ertheilten Versprechens einen Neuerungsvertrag mit der Wirkung, daß das bis dahin bestandene Forderungsrecht nun erlosch, einzugehen. Und ein solcher Neuerungsvertrag liegt hier vor, wenn bei Gelegenheit des Eintritts des Klägers in das bis dahin von dem Beklagten und dem Mitbeklagten unter der Firma J. G. H. Söhne gemeinschaftlich betriebene Handlungsgeschäft eine Vereinbarung des unter 2 hervorgehobenen Inhaltes zu Stande gekommen ist. Nach dieser Vereinbarung nämlich sollte die vom Beklagten

versprochene Mitgift der 5000 Thaler dem Kläger dadurch gewährt werden, daß ihm auf seinen Namen diese Summe in dem Hauptbuche des gemeinschaftlichen Geschäftes gutgeschrieben werde; sie hatte also offenbar keinen andern Zweck als den, daß durch die gedachte Gutschrift das Ausstattungsversprechen erfüllt, und die gutgeschriebene Summe nun als ein in das gemeinschaftliche Geschäft eingelegter Vermögenstheil des Klägers anzusehen sein solle.

Eine Forderung aus dem Mitgiftversprechen bestand daher nun nicht weiter, denn das Versprechen war erfüllt. Ein ganz anderes, neues Rechtsverhältniß war zwischen dem Kläger und den Beklagten begründet, welches in seinen rechtlichen Wirkungen nach den Grundsätzen vom Gesellschaftsvertrage zu beurtheilen ist. Nach diesen Grundsätzen würde Kläger, welcher am 24. April 1867 wieder aus dem Geschäfte ausgeschieden ist, Anspruch auf Rechnungsablegung und auf Herauszahlung seines Antheils am Gewinn haben (§§. 1374, 1388 des BGB.'s), und er würde denselben wider den Mitbeklagten — denn der Beklagte war bereits im Mai ausgeschieden — geltend machen können; auch würden hierbei die eingebrachten 5000 Thaler mit in Berücksichtigung zu ziehen sein. Allein selbst von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, würde die vorliegende Klage unhaltbar sein. Denn — abgesehen davon, daß sie gar nicht als Klage aus dem Societätsvertrage angestellt ist, und daß, wenn dies der Fall wäre, das Klagrecht sich auf die Person des Klägers beschränken würde — enthält die Klage unter Hinweisung auf den Separationsvertrag sub C das Zugeständniß des Klägers, daß wegen der ihm für seine Person aus dem Gesellschaftsvertrage zustehenden Ansprüche und ihm obliegenden Verbindlichkeiten bereits zwischen ihm und dem Mitbeklagten unter Beitritt des Beklagten ein Abkommen getroffen worden sei, und Inhalts jenes Separationsvertrages sind ihm von dem Mitbeklagten als Aversionalquantum für seinen zeitherigen Antheil an dem Handlungsgeschäfte 3000 Thaler zugesichert worden. Daß diese 3000 Thaler ihm noch nicht gewährt seien, hat er selbst ebensowenig behauptet, als daß ihm ein Anspruch auf die von ihm in das Geschäft eingebrachten 5000 Thaler vorbehalten und zugestanden worden sei.

80.

Die Ausstellung eines Wechsels über eine Schuld enthält im Zweifel keine Novation, sondern modificirt nur nach Befinden die Zahlungszeit und Zahlungsmodalität.

II. Sen.-Erk. vom 15. März 1870 no. 143|120.

Der Kläger hat sich über die zweite Einrede des Beklagten dahin erklärt:

„Die Einrede, daß der Beklagte nur gegen Herausgabe eines Wechsels über 1400 Thaler zu zahlen verpflichtet sei, läuft auf ein gravamen de futuro hinaus, da Beklagter jedenfalls erst Zahlung leisten muß und demnach abzuwarten hat, ob der Kläger alsdann die Herausgabe des fraglichen Wechsels verweigert. Im Uebrigen will der Kläger zur Beruhigung des Beklagten hierdurch erklären, daß er den fraglichen Wechsel über 1400 Thaler, welchen ihm der Beklagte aus freien Stücken, Behufs der leichteren Realisirbarkeit der Forderung, noch neben der Klagurkunde sub A ausgestellt hat, sofort an den Beklagten herausgeben wird, wenn und nachdem dieser die geklagte Forderung sammt Zinsen und Kosten bezahlt haben wird."

Die vorige Instanz findet den Grund, warum das Zugeständniß des Klägers, über die geklagte Forderung auch einen Wechsel erhalten zu haben, nicht als ein Zugeständniß des Abschlusses eines Neuerungsvertrages über die geklagte Forderung gelten könne, insbesondere in der gleichzeitigen Ausstellung einer Schuld- und Pfandverschreibung und eines Wechsels über die nämliche Forderung und gegen diese Annahme richtet der Beklagte vorzüglich seinen Angriff wider das vorige Urthel, indem er aus der angegebenen Erklärung des Klägers das Zugeständniß folgern zu können glaubt, es sei der Wechsel erst nach der Schuld- und Pfandverschreibung ausgestellt worden.

Nach der Ansicht des OAG.'s kommt auf die Zeitfolge der

Ausstellung des Wechsels und der Schuld- und Pfandverschreibung überhaupt Etwas nicht an. Wie nämlich im

Archive für deutsches Wechsel- und Handelsrecht Bd. XVIII, S. 30 flg.

gezeigt wird, dauert, wenn für eine vorhandene Forderung ein Wechsel gegeben wird, die Forderung sammt annexis, namentlich Zinsen, Bürgen und Pfändern, unverändert fort, sofern nicht etwas Anderes vereinbart worden ist, z. B. daß die Forderung durch den Wechsel selbst, oder nach dessen Annahme von Seiten des Trassaten als getilgt gelten solle. Hieraus ergiebt sich, daß die Exception des Beklagten, soweit sie dahin geht, es sei die Forderung in Folge der Ausstellung des Wechsels durch Novation, Zahlung oder auf eine sonstige Weise als aufgehoben zu betrachten, ohne Unterschied, ob der Wechsel vor, neben oder nach der Schuld- und Pfandverschreibung ausgestellt worden, für unbegründet zu achten ist.

Dagegen kann Derjenige, welcher für eine Forderung einen Wechsel angenommen hat, die Forderung nur erst nach der Verfallzeit des Wechsels und gegen Rückgabe desselben geltend machen.

Archiv a. a. O. S. 30.

Das Geständniß des Klägers, für die geklagte Forderung auch einen Wechsel erhalten zu haben, hatte daher auf die Beurtheilung der Klage allerdings insofern Einfluß, als der Kläger nur erst nach dem Verfalltage des Wechsels, und nur gegen das Erbieten der Rückgabe desselben zu klagen berechtigt war. Das Bedenken, welches gegen die Klage aus dem Grunde hätte erhoben werden können, weil sie vor der Verfallzeit des Wechsels angestellt worden sei, erledigt sich in dem vorliegenden Falle, weil der Beklagte über die Zahlungszeit des Wechsels Etwas nicht gesagt, und der Kläger gar keine Veranlassung gehabt hat, ein dem Beklagten günstiges Zugeständniß in dieser Hinsicht abzulegen. Wohl aber hätte sich der Kläger zu der Rückgabe des Wechsels, als der Voraussetzung, unter welcher er aus der Schuld- und Pfandverschreibung zu klagen berechtigt war, schon in der Klage erbieten sollen. Will man nun auch diesem Fehler der Klage nicht die Wirkung beilegen, daß die Klage in der angebrachten Maße abzuweisen gewesen sei, hält man im Gegentheil die Ansicht der ersten Instanz für richtig, daß auf

das nachträgliche Erbieten des Klägers zur Rückgabe des Wechsels noch habe Rücksicht genommen werden können, so hat doch die Exception des Beklagten die Folge gehabt, daß nicht eine reine Verurtheilung, wie sie der Kläger in seiner Klage gefordert hatte, sondern nur eine solche „gegen Rückgabe des Wechsels“ ausgesprochen werden konnte.

81.

Zur Lehre von der Schenkung. — BGB. §§. 1049 flg.

II. Sen.-Erk. vom 14. Juni 1870 no. 353|366 *).

Die vorigen Instanzen haben die Abtretung der in der Urkunde Bl. unter a b c gedachten Forderungen oder doch mindestens der sub c gedachten Leibrente als eine Schenkung aufgefaßt. Als Grund dafür ist von dem Beklagten angeführt worden, daß zwar die verw. B. in dieser Urkunde erklärt habe, daß sie der Klägerin durch Abtretung jener Forderung Ersatz für den Verlust geben wolle, welchen die Letztere durch die Zahlungsunfähigkeit ihres Bruders erleide, daß aber eine Verbindlichkeit zu dieser Ersatzleistung nicht vorhanden gewesen sei. Dieser Ansicht scheinen auch die Verfasser des ersten und zweiten Erkenntnisses beigepflichtet zu haben, wenigstens ist in den betreffenden Theilen der Entscheidungsgründe nicht angegeben, aus welchen andern Gründen die Abtretung sich als Schenkung darstelle. Nach der Meinung des OAG.'s ist aber in dieser Cession keine Schenkung enthalten.

Die Bestimmung eines Rechtsgeschäftes hängt von dem Willen der Contrahenten ab. Das wesentliche Merkmal einer Schenkung besteht in dem Willen des Schenkers, den Beschenkten zu bereichern, blos um ihn zu bereichern, und in dem Willen des Beschenkten, eine solche Wohlthat anzunehmen. Dies ist es, was die Quellen mit dem animus donandi bezeichnen. Der Wille zu schenken kann allerdings in jeder möglichen Vertragsform, also namentlich auch in der Abtretung einer Forderung zum Ausdrucke gelangen, aber ohne den Willen zu schenken, ist eine

*) Vergl. oben S. 438 die Nr. 71 und die dazu gegebene Bemerkung.

Schenkung überhaupt nicht denkbar. Dieser Wille muß also entweder ausdrücklich erklärt, oder doch aus den Nebenumständen klar zu erkennen sein. Auf das bloße Bewußtsein des Gebers, daß er ohne Verpflichtung handle, und auf die entfernter liegenden Bestimmungsgründe seiner Handlung kommt dabei Nichts an, weil überhaupt die Gründe, welche Jemanden bewegen ein Rechtsgeschäft abzuschließen, auf das Wesen und den Inhalt dieses Rechtsgeschäftes nur dann von Einfluß sind, wenn sie von dem Contrahenten zu Theilen des letzteren selbst gemacht worden sind, und deshalb demselben einen besonderen Charakter verleihen. Wollte man die Worte der l. 29 pr. D. de donat. (l. 82 D. de reg. jur. 50, 17) donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur so verstehen, daß Alles, was ohne Verbindlichkeit gegeben wird, als Schenkung zu betrachten sei, so wäre auch das Geben eines Darlehns eine Schenkung. Der Mangel einer besonderen rechtlichen Verpflichtung gewährt also noch kein entscheidendes Criterium dafür, daß ein Rechtsgeschäft, welches die Contrahenten selbst nicht für eine Schenkung erklärt haben, dennoch eine Schenkung enthalte.

Wendet man diese allgemeinen Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so muß zuvörderst behauptet werden, daß der Inhalt der betreffenden Urkunde den Willen der verw. B., eine Schenkung zu machen, nicht erkennen läßt. Denn in dieser Urkunde hat die verw. B. ausdrücklich erklärt, sie erachte es für ihre Pflicht, ihrer Tochter für den Verlust, welchen dieselbe in Betreff der ihr nach dem väterlichen Testamente nach dem Tode der Mutter zukommenden Hälfte der Bl. gedachten 30,000 Thaler durch die Insolvenz des Schuldners erleide, Ersatz zu leisten, und zu dem Ende cedire und übereigne sie der Klägerin die dort gedachten Forderungen. Ob die verw. B. in Hinblick auf die Bestimmungen in §§. 3, 4 des Testamentes in Folge einer culpa in exigendo, verpflichtet gewesen sei, der Klägerin für diesen Verlust aufzukommen, ist einflußlos. Es genügt, daß sie diese Ueberzeugung gehabt, und daß sie daher nicht animo donandi gehandelt hat. Es enthält aber auch die fragliche Abtretung keine Schenkung an die Klägerin, weil sie nicht zum Zwecke einer Bereicherung der Letzteren erfolgt, und auch eine Bereicherung derselben nicht eingetreten ist, wie sich

ergiebt, wenn man die obwaltenden Verhältnisse näher ins Auge faßt.

Die in der Urkunde erwähnten 30,000 Thaler sind dieselben, wovon nach der Bestimmung, welche Salomon B. in §§. 2 flg. seines Testamentes getroffen hatte, der Ehemann der Beklagten nach dem Tode seiner Mutter die Hälfte innerhalb einer bestimmten Frist an deren Tochter, die Klägerin, auszuzahlen hatte, dafern nicht in einem der vom Testamentserrichter vorgesehenen Fälle, das gedachte Capital schon bei Lebzeiten der Mutter von dieser gekündigt und ausgezahlt worden war. Wenn man nun auch in dieser Disposition des älteren B. nur eine der Klägerin eingeräumte Anwartschaft erblicken will, so hatte dieselbe doch durch diese Verfügung immerhin ein eventuelles Forderungsrecht an ihren Bruder erworben, und es ist ganz richtig, daß sie ein Vermögensverlust betraf, wenn der Letztere nicht im Stande war, die ihr beschiedene Summe zu bezahlen. War nun zur Zeit der Abtretung der Schuldner des Capitals der 30,000 Thaler bereits in Concurs verfallen, oder stand doch die Eröffnung des formellen Concurses in nächster Zeit bevor, und hat die verw. B., welche nach den Bestimmungen in §§. 3, 4 des Testamentes in diesem Falle das Capital zu kündigen und einzuziehen befugt war, der Klägerin zum Ersatze des Verlustes, welchen diese rücksichtlich der ihr von jenem Capital zukommenden 15,000 Thaler erlitt, die in der citirten Urkunde gedachten Forderungen abgetreten, so hat sie damit, der Sache nach, ihren Sohn intercessionsweise von einer Schuld an die Klägerin liberirt. Die aus freiem Antriebe erfolgte Bürgschaft oder Bestellung eines Pfandes für eine fremde Schuld oder die Tilgung einer fremden Schuld enthält selbst, wenn der Schuldner insolvent ist, keine Schenkung an den Gläubiger, weil der Gläubiger dadurch nicht bereichert wird, sondern nur das empfängt, was er zu fordern hatte (suum recipit).

l. 21 pr. D. de donat. 39, 5.

l. 1, §. 19 D. si quid in fraud. 38, 5.

v. Savigny, System rc. Bd. IV, §. 149, S. 55; §. 158, S. 131.

Siebenhaar in den Annalen N. F. Bd. II, S. 212.

Nur insofern, als die Klägerin infolge der Abtretung die ihr beschiedenen 15,000 Thaler wenigstens theilweise schon bei Lebzeiten ihrer Mutter empfangen hat, hätte ein Vortheil für sie erwachsen können, auf welchen sie nach dem väterlichen Testamente kein Recht hatte. Allein auch hierbei kann von einer Schenkung nicht die Rede sein, weil erstlich der Wille zu schenken nicht vorhanden, und noch gar nicht zu übersehen war, wenn die Klägerin den Betrag der abgetretenen Forderungen erheben würde, zweitens aber die Klägerin nach Inhalt der Abtretungsurkunde auch ihrerseits Verpflichtungen gegen ihre Mutter übernommen und namentlich sich verbindlich gemacht hat, die auf Grund der Abtretung erlangten Geldmittel zur Berichtigung einer Hypotheken-Forderung von 10,000 Thalern, resp. Behufs deren Cession an ihre Mutter zu verwenden, und derselben von dieser Hypothek jährlich 4% Zinsen auf ihre Lebenszeit zu entrichten.

Möglicherweise kann in der Uebernahme oder Bezahlung einer fremden Schuld eine Schenkung an den Schuldner liegen, wenn der Geber die Absicht hat, das Gezahlte von dem Schuldner nicht mit der actio mandati oder negotiorum gestorum zurückzufordern. Daß die verw. B. gegenüber ihrem Sohne einen derartigen animus donandi gehabt habe, läßt sich nach dem Inhalte des Abtretungsvertrags umsoweniger voraussetzen, als sie sich ihrerseits gewisse Vermögensvortheile von ihrer Tochter als Gegenleistung ausbedungen hat. Im Uebrigen kommt aber auch hierauf Etwas nicht an, weil weder der Ehemann der Beklagten als der Beschenkte selbst, noch die Beklagte als dessen Bürgin sich auf den Mangel der gerichtlichen Insinuation einer solchen Schenkung berufen könnte, um die Gültigkeit des zwischen der Klägerin und der verw. B. abgeschlossenen Rechtsgeschäfts in Frage zu stellen.

Unter diesen Umständen bedarf es keines näheren Eingehens auf die Frage: ob, wenn in der Abtretung der Leibrente eine Schenkung an die Klägerin enthalten wäre, diese der gerichtlichen Insinuation bedurft hätte. Nur in formeller Beziehung hat man noch zu gedenken, daß die Klägerin in ihrer Refutationsschrift die Ansicht, daß die Abtretung gar keine Schenkung enthalte, aufgestellt hat. Wäre das aber nicht geschehen und wäre Klägerin der Mein-

ung gewesen, es liege eine, jedoch gültige Schenkung vor, so würde der erkennende Richter dennoch in alle Wege nicht behindert gewesen sein, die Frage, ob der Abtretungsvertrag überhaupt eine Schenkung enthalte oder nicht, selbstständig und unabhängig von der Auffassung der Parteien zu prüfen und zu entscheiden.

Auf einen Beweis für die Beklagte, daß diesem Vertrage eine Schenkung an die Klägerin zu Grunde gelegen habe, konnte nicht interloquirt werden, weil die Beklagte thatsächliche Umstände, welche diese Annahme zu begründen vermöchten, nicht angeführt, ihre Behauptung, daß der erwähnte Vertrag eine der gerichtlichen Insinuation bedürfende Schenkung enthalte, vielmehr lediglich dadurch zu rechtfertigen versucht hat, daß die verw. B. keine erweisliche Verpflichtung gehabt habe, für den Gemeinschuldner zu intercediren.

82.

Kauf über ein Zeitungsträgergeschäft — BGB. §. 1082. — Beweislast bei der Frage: ob reines Mandat oder mandatum in rem suam vorliege. — Folgen der Wiederaufhebung eines Vertrags — BGB. §. 1000.

II. Sen.-Erk. vom 17. März 1870 no. 137|127.

A.

Der Kläger führt in seiner Klage an,

er habe dem Erblasser der Beklagten 10 Thaler und 100 Thaler auf die 1000 Thaler bezahlt, welche er demselben für die Ueberlassung des Bl. näher beschriebenen Zeitungsträger-Geschäfts versprochen gehabt habe.

Eine Rückforderung dieser Zahlungen würde nur dann begründet sein, wenn der Vertrag über das Zeitungsträgergeschäft entweder wegen wesentlichen Irrthums, wegen Handlungsunfähigkeit der Vertragschließenden, wegen Nichtvorhandenseins oder Außerverkehrstehens des Objects, über welches contrahirt wurde, nichtig gewesen, oder aus einem sonstigen Grunde, z. B. durch sog. mutuus dissensus, in der Weise wieder rückgängig gemacht worden wäre,

daß er als gar nicht geschlossen hätte gelten sollen. Von alledem findet sich aber in der Klage etwas nicht. Der Kläger hält sich zur Rückforderung berechtigt, weil ein Zeitungsträgergeschäft keinen Gegenstand eines Kaufes bilden könne, und weil ihm vor der Schließung des Vertrages von dem Erblasser der Beklagten keine näheren Mittheilungen über die Natur und das Wesen des fraglichen Geschäfts, namentlich welche und wie viel Zeitungsblätter einzukaufen und leihweise herumzutragen, wer die Kunden seien, wie viel die Blätter im Einkaufspreise kosteten, wie viel die Kunden zahlten und zu welchen Fristen u. s. w. — gemacht worden seien, und es sonach an einem eigentlichen Kaufsgegenstande gänzlich gefehlt habe. Indessen ist diese Ansicht des Klägers aus nachstehenden Gründen eine irrthümliche.

1) Man kann dahingestellt sein lassen, ob der Begriff des Kaufes nach römischem Rechte auf körperliche Sachen und Rechte an fremden Sachen beschränkt gewesen sei. Im heutigen und insbesondere im sächsischen Rechte,

§. 1082 des BGB.'s,

besteht, namentlich nach der Aenderung, welche sich in der Lehre des Obligationenrechts insofern vollzogen hat, als die römische Contractsform, do ut facias oder facio ut des, mit allen ihr nach römischem Rechte zukommenden Eigenthümlichkeiten hinweggefallen und in die allgemeine Gruppe der sog. Consensualverträge eingereiht worden ist, diese Schranke nicht mehr.

Commentar zum BGB. ed. II, Bd. II, S. 3 und S. 83 flg.

2) Ergiebt sich aber hieraus, daß ein angebrachtes Geschäft, also auch ein Zeitungsträger-Geschäft, Object eines Consensualvertrages sein kann, so bedarf es, wenn über ein solches contrahirt worden ist, zur Gültigkeit des Vertrags nicht der Specialitäten, welche der Kläger nach dem oben Gesagten erfordert, indem der Gegenstand des Vertrags schon durch den Hinweis auf das Geschäft, wie es betrieben wird, als ausreichend bestimmt bezeichnet zu betrachten ist.

3) In der Regel wird es sich, wenn ein angebrachtes Geschäft veräußert wird, auch um körperliche Sachen, z. B. das Geschäftsinventar, die Geschäftsbücher u. s. w. handeln, und der Vertrag sich

wenigstens insoweit unter den Begriff eines Kaufes über körperliche Sachen bringen lassen. Aber auch, wenn dies nicht der Fall ist, begründet der Vertrag über ein Geschäft eine Menge Verbindlichkeiten auf Seiten des Veräußerers, für welche eine Gegenleistung versprochen werden kann. Wollte man also selbst zugeben, daß ein Vertrag über die Ueberlassung eines Geschäfts gegen eine Gegenleistung dann, wenn gar keine körperlichen Sachen dazu gehörten, nicht als ein eigentlicher Kauf zu betrachten wäre, so würde doch wenigstens darin ein nach Analogie des Kaufes zu beurtheilender, durch Consens der Contrahenten zur Perfection gelangender Vertrag über die Gewährung der zum Fortbetriebe des Geschäfts erforderlichen Mittel und Aufschlüsse enthalten sein.

Wenn aber der Kläger noch weiter auf Thatsachen Bezug nimmt, aus welchen nach seiner Ansicht folgen soll, daß der Erblasser der Beklagten sich außer Stand gesetzt habe, den Vertrag ihm, dem Kläger gegenüber zu erfüllen, so kann auch hierauf ein Gewicht nicht gelegt werden, weil, hätte der Erblasser der Beklagten das dem Kläger verkaufte Geschäft anderweit verkauft, daraus nicht folgen würde, daß die Erfüllung des Kaufes dem Kläger gegenüber unmöglich geworden sei, zumal sich der Erblasser der Beklagten zu der Uebergabe des Geschäfts an den Kläger fort und fort bereit erklärt hat.

Unter diesen Verhältnissen war die Klage, soweit sie auf Restitution der als Draufgeld bezahlten 10 Thaler und der ebendaselbst angegebenen Abschlagszahlung von 100 Thalern gerichtet war, in der angebrachten Maße abzuweisen.

B.

Mit den außerdem geforderten 180 Thlrn. 18 Ngr. 8 Pfg. hat es eine ganz andere Bewandtniß. Der Kläger behauptet nämlich, daß der Erblasser der Beklagten ihn, den Kläger, nur um die Bezahlung einer Summe von 100 Thalern gebeten, und er, der Kläger, demselben drei Scheine der sächsischen Hypothekenbank zu dem Zwecke überlassen habe, daß er, der Erblasser der Beklagten, sich durch deren Verkauf die nöthigen 100 Thaler verschaffen könne. Beruhte dies in Wahrheit, so würde der Erblasser der Beklagten



von den für die drei Scheine der sächsischen Hypothekenbank gelösten 280 Thlrn. 18 Ngr. 8 Pfg. nur 100 Thaler als eine von dem Kläger geleistete Abschlagszahlung an sich haben behalten können, die übrigen 180 Thlr. 18 Ngr. 8 Pfg. aber dem Kläger zurückzugeben gehabt haben, indem in der Ueberlassung der drei Scheine der sächsischen Hypothekenbank ein Verkaufsmandat mit der Bestimmung gelegen hätte, daß der Erblasser der Beklagten die Scheine verkaufen, von dem Kaufpreise 100 Thaler für sich behalten, den Ueberrest aber an den Kläger ausantworten sollte. Der Erblasser der Beklagten hat die angegebene Behauptung des Klägers verneint und den ihm darüber angetragenen Eid angenommen, indem er angeführt hat, es seien ihm die drei Scheine der sächsischen Hypothekenbank auf drei Hundert Thaler, welche der Kläger schon vor der Uebergabe des erkauften Geschäfts zu bezahlen versprochen habe, in solutum gegeben worden.

Das OAG. hat die Entscheidung wegen der 180 Thlr. 18 Ngr. 8 Pfg. von der Leistung des Delateides über die betreffenden Einl.-Abschnitte aus nachstehenden Gründen abhängig gemacht.

1) Wäre das Verhältniß so gewesen, wie der Kläger es darstellt, so wäre der Erblasser der Beklagten ex mandato verpflichtet gewesen, die Summe, welche er bei dem Verkaufe der drei Scheine der sächsischen Hypothekenbank erhalten hatte, nach Abzug der 100 Thaler, an den Kläger auszuliefern. Nun könnte man zwar die Ansicht aufstellen, es sei die Forderung des Klägers auf diesen Rest des Erlöses wenigstens nunmehr durch Compensation erloschen, weil die Zahlungszeit für die Kaufgelder, welche der Kläger dem Beklagten zu bezahlen gehabt, nach dem eignen Geständnisse des Klägers in der Klage inmittelst eingetreten sei. Dem stehen aber nachstehende Bedenken entgegen:

aa) daß der Gesichtspunkt des Compensationsrechts des Erblassers der Beklagten nach dem Satze: negans jurejurando delato et acceptato non excipit, in dem vorliegenden Falle ausgeschlossen ist,

bb) daß der Erblasser der Beklagten nach den §§. 1098, 860, 768, 990 des BGB.'s,

Annalen N. F. Bd. V, S. 446 flg.,

gegen die Summe, welche er dem Kläger ex mandato schuldig war, die Kaufgelder für das verkaufte Geschäft nur dann hätte in Aufrechnung bringen können, wenn er, was von ihm zu beweisen gewesen wäre,

§. 861 des BGB.'s,

den Kauf erfüllt gehabt hätte,

cc) daß der Erblasser der Beklagten selbst anführt, es sei zwischen seinem Mandatar und dem Kläger ein Vergleich geschlossen worden, nach welchem der Letztere gegen Innelassung der geleisteten Abschlagszahlungen aus dem Kaufe entlassen worden sei.

2) Die Behauptung des Erblassers der Beklagten, es seien ihm die drei Scheine der sächsischen Hypothekenbank für fällige 300 Thaler an Zahlungsstatt überlassen worden, involvirt, abgesehen von 100 Thalern, eine bloße Verneinung der Klage. Man kann aber in dem vorliegenden Falle nicht einmal soviel behaupten, daß darin eine modificirte Verneinung enthalten sei, indem ein Auftrag, wie ihn der Kläger ertheilt haben will, ein ganz anderes Geschäft ist, als dasjenige, vermöge dessen der Erblasser der Beklagten die drei Scheine der sächsischen Hypothekenbank erhalten haben will.

3) Was der Kläger über die Quittung sagt, welche ihm der Erblasser der Beklagten ausgestellt habe, ist für die Entscheidung einflußlos, weil nach dem §. 978 des BGB.'s die Quittung nur dann etwas beweisen könnte, wenn es sich um eine bei dem Vorhandensein mehrerer Geldschulden geleistete Zahlung (Erfüllung) handelte.

4) Auch die Meinung hat man nicht für begründet halten können, daß der Erblasser der Beklagten in dem zu Begründung der Ausflucht des Vergleichs Gesagten die Wiederauflösung des Kaufvertrages zugestanden habe, und aus diesem Zugeständnisse zu der Restitution der erhaltenen Abschlagszahlungen bis zum Beweise des Gegentheils verpflichtet worden sei. Wie in §. 1000 des BGB.'s bestimmt wird, begründet die Vereinbarung über die Wiederaufhebung eines Consensualvertrages, wenn der Vertrag entweder ganz oder zum Theil bereits erfüllt worden ist, eine Forderung auf Rückgabe des Geleisteten nur dann, wenn die Absicht der In-

teressenten dahin gegangen ist, daß das Geleistete zurückgegeben werden soll.

Commentar a. a. O. Bd. I, S. 145.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. XXVIII, S. 41.

Annalen N. F. Bd. III, S. 543.

In dieser Beziehung würde aber der Kläger, wenn er zur Rückforderung der Zahlungen berechtigt zu sein behauptete, der beweispflichtige Theil sein.

83.

Vor- oder Wiederkaufsrecht? — BGB. §. 1118 flg., 1131 flg. — Verwendungen.

II. Sen.-Erk. vom 17. März 1870 no. 116/128.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Beklagte ein Vorkaufs- oder ein Wiederkaufsrecht an dem ihrem geschiedenen Ehemanne zugehörig gewesenen, ihr aus dem Concurse des Letzteren wieder abgetretenen Gute gehabt habe, ist der Inhalt der Kaufsurkunde und der in dieser zu lesenden, den Vorbehalt des fraglichen Rechtes betreffenden Verabredung als maßgebend zu betrachten, während darauf, daß später dieses Recht von den Betheiligten, sowie namentlich auch bei dessen Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch ein Vorkaufsrecht genannt worden ist, Etwas nicht ankommt. Insbesondere würde sich die Beklagte auf die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs schon deshalb nicht beziehen können, weil sie diesen Vertrag selbst mit abgeschlossen hat. Ebensowenig ist durch die früheren Entscheidungen, welche sich ebenfalls des Ausdrucks Vorkaufsrecht bedienen, eine Rechtskraft in Bezug auf die obige Frage begründet worden, weil namentlich in dem Erkenntnisse dritter Instanz, die Entscheidung über die Verbindlichkeit der Beklagten zum Ersatz der von dem Gemeinschuldner auf das betreffende Grundstück gemachten Verwendungen ausdrücklich offen gelassen, und in den Erkenntnissen erster und dritter Instanz der Gläubigerschaft die Ausführung ihres diesfallsigen Anspruchs durch besondere Klaganstellung vorbehalten worden ist. Nur die Frage

ist also damals zur definitiven Entscheidung gelangt, ob die Beklagte die Abtretung des zum Concurse ihres Ehemannes gezogenen Guts gegen Erlegung der zum Voraus bestimmten Summe verlangen könne. Für diese Entscheidung aber war es ohne Einfluß, ob man in der erwähnten Verabredung ein Vor- oder ein bedingtes Wiederkaufsrecht um eine zum Voraus bestimmte Kaufsumme zu erblicken habe, da insoweit in beiden Fällen dieselben gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung zu gelangen hatten. Dagegen treten in Bezug auf die Verpflichtung zum Ersatze von Verwendungen allerdings andere Gesichtspunkte ein.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Wiederkaufs- und dem Vorkaufsrechte besteht darin, daß letzteres nur für den Fall einer (freiwilligen oder zwangsweisen) Veräußerung ausbedungen werden kann, während das Wiederkaufsrecht an diese Beschränkung nicht gebunden ist, im Gegentheil die Ausübung desselben in der Regel blos von der Willkür des Wiederkaufsberechtigten abhängt. Im Falle eines Vorkaufsrechtes erwirbt daher der Käufer ein unwiderrufliches, im Falle des Wiederkaufes nur ein widerrufliches Eigenthum an der erkauften Sache. Indessen gestalten sich die Verhältnisse im Verkehre nicht immer so einfach, und es kann der Fall vorkommen, daß es zweifelhaft erscheint, welcher von beiden Verträgen anzunehmen sei.

Die älteren und neueren sächsischen Gesetze,

Const. 33, P. II,

Mandat vom 9. April 1827,

Gesetz vom 6. November 1843 §. 33,

BGB. §§. 401, 1123, 1126,

erwähnen außer dem Wiederkaufe auch den Vorkauf um eine zum Voraus bestimmte, von dem Vorkaufsberechtigten eintretenden Falls zu gewährende Kaufsumme, und es läßt sich auch nicht sagen, daß die Festsetzung einer solchen mit dem Wesen des Vorkaufes so unvereinbar sei, daß man, wie mitunter

Bauer, Erläut. der Decisionen zu dec. 27, §. 19

behauptet worden ist, infolge derselben den Vertrag ohne Weiteres als einen, nur mit dem unrichtigen Namen belegten Vorbehalt des Wiederkaufs zu betrachten hätte. Andererseits ist es aber auch zu-

lässig, der Verabredung eines Wiederkaufes eine Zeitbestimmung oder eine, außer der Willkür des Berechtigten liegende Bedingung beizufügen, und diese Bedingung kann in dem Eintritte einer freiwilligen oder nothwendigen Veräußerung bestehen. Wie nämlich schon erwähnt worden ist, liegt der charakteristische Unterschied zwischen dem Vor= und Wiederkaufsrechte darin, daß beim Vorkaufsrechte ein Widerruf des auf den Käufer übergetragenen Eigenthums an der Sache überhaupt nicht stattfindet, und der Vorkaufsberechtigte dieses Eigenthum nur dadurch, daß er im Falle eines weiteren Verkaufes an die Stelle des Käufers eintritt, von neuem erwirbt, während der Vorbehalt des Wiederkaufes der Sache nach auf eine von dem Willen des Verkäufers abhängende Wiederaufhebung des Kaufes hinauskommt. Gerade dieser Umstand ist für die Verpflichtung zum Ersatze der Verwendungen von entscheidendem Einflusse. Denn betrachtet man hiernach, wie dies namentlich auch im BGB. §§. 1131, 1132,

Siebenhaar, Commentar Bd. II, S. 245, ed. II,

geschehen ist, den unter Vorbehalt des Wiederkaufes abgeschlossenen Kauf als ein resolutiv bedingtes Rechtsgeschäft und analog dem Reukaufe, so folgt daraus von selbst, daß der Wiederkaufsberechtigte nicht blos die empfangene Kaufsumme zurückzugeben, sondern auch die von dem Käufer während der Dauer seines widerruflichen Eigenthumes auf die Sache gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen zu erstatten hat. Denn im Falle der Wiederaufhebung eines resolutiv bedingten Vertrags haben die Contrahenten sich nur das, was sie bei diesem Vertrage sich gegenseitig geleistet, zurückzuerstatten, und der Verkäufer würde mehr als er gegeben zurückempfangen, wenn er den Ersatz jener Verwendungen ablehnen dürfte. Beim Vorkaufe kann, wenn derselbe nicht für eine zum Voraus bestimmte Summe ausgeübt wird, von dem Ersatze der Verwendungen schon deshalb nicht die Rede sein, weil in diesem Falle der Vorkaufsberechtigte dieselben Bedingungen und Leistungen übernehmen und gewähren muß, wie der dritte Erwerber, welcher die Sache in ihrer gegenwärtigen Beschaffenheit erwirbt; aber, selbst bei einer zum Voraus bestimmten Vorkaufssumme würde der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen wegfallen, wenn die Absicht der

Parteien die gewesen wäre, daß der Vorkaufsberechtigte im Falle einer Weiterveräußerung gegen Erlegung einer bestimmten Summe die Sache in dem Zustande erhalten solle, in welchem sie der dritte Erwerber gegen Zahlung des diesem gestellten Kaufpreises erlangt haben würde.

Im vorliegenden Falle ist zu Gunsten der Beklagten als damaliger Mitverkäuferin die Bestimmung getroffen worden:

„sollte Käufer irgend einmal gesonnen sein, dieses Gut in fremde Hände zu verkaufen und sich aus demselben hinwegzubegeben, so behält sich Käufers zukünftige Ehefrau (die Beklagte) vor, dieses Gut um denselben Preis mit allen Zubehörungen 2c., so wie es Käufer jetzt übernimmt, wieder zu kaufen."

Ist auch, wie schon bemerkt, die Vorausbestimmung der Summe an und für sich allein noch kein entscheidender Grund für die Annahme eines Wiederkaufes, so kann dieselbe doch nicht ohne Beachtung bleiben, wenn noch andere Umstände vorhanden sind, welche dafür sprechen, daß die Kaufscontrahenten den Vorbehalt eines Wiederkaufs gewollt haben. Die Contrahenten selbst haben in der obigen Stelle des Kaufcontracts das Recht der Beklagten nicht als Vorkaufs=, sondern als Wiederkaufsrecht bezeichnet, und da beide Ausdrücke allgemein bekannt sind, so liegt gar kein Grund vor, bei der Auslegung des Vertrags von den in ihrer allgemein üblichen Bedeutung einen vollständigen Sinn ergebenden Worten abzugehen. Die Beibehaltung derselben Kaufsumme steht mit der Absicht, einen Wiederkauf festzusetzen, recht eigentlich in Uebereinstimmung, und daß das Wiederkaufsrecht auch von dem Eintritte einer Veräußerung abhängig gemacht werden kann, ist bereits bemerkt worden. Ueberdies weisen aber auch die Worte: „dieses Gut mit allen Zubehörungen, so wie es Käufer jetzt übernimmt" deutlich darauf hin, daß der damalige Umfang und Zustand des Gutes auch bei Ausübung des Wiederkaufsrechtes für die gegenseitigen Ansprüche der Betheiligten habe maßgebend sein sollen. Hatte man sich demnach dafür zu entscheiden, daß durch die fragliche Verabredung der Beklagten ein (bedingtes) Wiederkaufsrecht eingeräumt worden sei, so kann auch die Verpflichtung derselben, die von dem Käufer gemachten

nothwendigen und nützlichen Verwendungen zu erstatten, nicht zweifelhaft sein.

Das BGB. hat dies in §. 1132 in Verbindung mit §. 1109 ausdrücklich anerkannt, indem es bestimmt, daß der Wiederkaufsberechtigte, Verkäufer, bei Ausübung seines Wiederkaufsrechtes dem Käufer wegen der von demselben in der Zwischenzeit gemachten Verwendungen nach den für die Eigenthumsklage bestehenden Vorschriften (§§. 312 flg.) Ersatz zu leisten habe. Diese Grundsätze galten aber auch nach dem bisherigen Rechte,

Glück, Erläuterung der Pandecten Bd. XVI, §. 990,

Bauer, Erläuterung der Decisionen zu dec. 27, §§. 14, 15,

und sind schon in der älteren sächsischen Gesetzgebung,

Allgem. Vormundschaftsordnung Cap. XVI, §. 7,

befolgt worden, indem es an dieser letzteren Stelle nur als eine besondere Vergünstigung für die Unmündigen aufgefaßt werden kann, daß der Käufer den Ersatz der Meliorationen von dem unmündigen Wiederkäufer nur dann zu fordern berechtigt sein soll, wenn der Aufwand mit Genehmigung des Vormundes und des Richters gemacht worden ist.

Angehend nun die behaupteten Verwendungen selbst, so sind die thatsächlichen Angaben hierüber in der Klage zur Ausführung im Beweise genügend. Für die Beurtheilung der erst noch zu erwartenden Ergebnisse dieser Beweisführung muß der Definitive freie Hand gelassen, und es mag nur auf folgende allgemeinere Gesichtspunkte aufmerksam gemacht werden.

Der Kläger kann überhaupt nicht mehr, als der Cridar wirklich aus seinem Vermögen verwendet hat, erstattet verlangen. Dabei tritt aber noch ein Unterschied zwischen den nothwendigen und den nützlichen Verwendungen ein. Bei den nothwendigen Verwendungen kann nämlich der Betrag des wirklichen Aufwandes auch dann noch gefordert werden, wenn dadurch der Werth der Sache zur Zeit der Restitution nicht oder nicht in einer dem Aufwande gleichkommenden Maße vermehrt gewesen ist, und dieser Gesichtspunkt kann bei dem Aufwande für Wiederaufbau der abgebrannten Gebäude in Betracht kommen, insoweit sich annehmen läßt, daß deren Wiederherstellung unter den Begriff einer nothwendigen Ver-

wendung falle. Bei den blos nützlichen Verwendungen dagegen kann der Kläger den von dem Käufer bestrittenen Aufwand nach den gemeinrechtlichen,

l. 38 D. de R. V,

auch in das BGB. aufgenommenen Grundsätzen,

§. 316 des BBG.'s, Commentar Bd. I, S. 317, ed. II,

nur insoweit beanspruchen, als dadurch der Werth des Gutes zur Zeit der Herausgabe erhöht gewesen ist, und solche Verwendungen auch von der Wiederkaufsberechtigten nach ihren Verhältnissen hätten gemacht werden können, welche also diesen Verhältnissen angemessen waren, und der Wiederkaufsberechtigten die Sache nicht zu kostbar machten.

Unrichtig würde es daher sein, wenn Kläger meinte, er könne die geforderten 1035 Thaler schon deshalb fordern, weil der Werth der neuerrichteten Gebäude den Werth der älteren abgebrannten Gebäude — abzüglich der Brandversicherungsgelder — um soviel übersteige. Der Kläger hat aber auch die thatsächliche Behauptung aufgestellt, daß der Cridar diese Summe zum Wiederaufbau aus seinen Mitteln wirklich verwendet habe. Die speciellere Berechnung dieser und der weiter noch sub 2 a—e der Klage erwähnten Ausgaben war dem Beweise zu überlassen, wobei der Kläger aber auch in vorstehend angedeuteter Maße die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit dieser Verwendungen darzuthun haben wird.

84.

Verdingungsvertrag oder Mandat? — BGB. §§. 1243, 1295 *).

A.

II. Sen.-Erk. vom 16. Juni 1870 no. 359|369.

Die vorige Instanz ist bei den Aufträgen, welche der Beklagte dem Kläger — einem sogenannten Civilingenieur — am 12. Jan. 1869 und später gegeben haben soll, von der Ansicht ausgegangen,

*) Der unter A gegebenen Ausführung trat der Leuterungssenat unten aus den unter B mitgetheilten Gründen bei.

daß darin, mit einigen wenigen Ausnahmen, ein Verdingungsvertrag liege, weil die dem Beklagten übertragenen Leistungen und Bemühungen auf die Herstellung eines Ganzen berechnet gewesen seien. Wäre dem so, dann würde es sich fragen, ob nicht auch die Lieferung der Handdruckpumpe (Nr. 4, Beilage A) und der Gummiplatte (Nr. 6) zu Leistungen dieser letzteren Art zu rechnen seien, da sie voraussetzlich ebenfalls zu diesem Ganzen gehört hätten. Indessen hat das OAG. das in der Klage geschilderte Rechtsverhältniß nicht als eine locatio conductio operis aufzufassen vermocht. Nach §. 1243 des BGB.'s besteht die letztere darin, daß die Ausführung eines Werkes, die Herstellung einer Sache oder die Vollbringung eines Unternehmens gegen eine Gegenleistung (für das opus) übernommen wird, und es ist ein wesentliches Merkmal dieses Vertrags, daß der Uebernehmer dem Besteller das opus als solches herzustellen und dasselbe als ein fertiges Ganze zu überliefern hat. Nach den insoweit übereinstimmenden Angaben der Parteien hatte sich aber der Kläger weder zu der Anfertigung eines Werktisches nach der von ihm zu entwerfenden Zeichnung, noch zur Herstellung eines veränderten Dampfheizungsapparates und dessen einzelner Bestandtheile, sondern nur dazu verpflichtet, alle diese Gegenstände für Rechnung des Beklagten zu besorgen, d. h. dieselben bei andern Personen anfertigen zu lassen oder beziehentlich einzukaufen. In diesen Besorgungen, wenn sie auch der Kläger nicht im Namen des Beklagten, sondern in seinem eigenen Namen auszuführen hatte, liegt aber nicht die Herstellung eines Werkes oder die Herstellung einer Sache durch den Kläger.

Man könnte wohl zugeben, daß die einzelnen in der Klagbeifuge A verzeichneten Gegenstände in ihrer Aufstellung in der Fabrik des Beklagten und in ihrer Zusammensetzung und Verbindung mit einander ein Ganzes gebildet haben würden, und daß der Beklagte sie zu diesem Behufe habe anschaffen und anfertigen lassen wollen. Hieraus folgt aber noch nicht, daß die vertragsmäßige Thätigkeit des Klägers in der Herstellung eines ihm übertragenen Werkes bestanden habe, denn hierbei kommt es nicht blos auf den Zweck, welchen der Beklagte bei der Anschaffung der in Frage befindlichen Gegenstände hatte, sondern auch auf die Leistungen an, welche von dem Kläger zur Erreichung dieses Zweckes übernommen worden sind.

Der Kläger hat auch, ebensowenig als der Beklagte, behauptet, daß ihm für die Herstellung eines Ganzen aus den einzelnen, von ihm bestellten oder eingekauften Gegenständen eine Gegenleistung versprochen worden sei, er fordert vielmehr für seine Person lediglich eine angemessene Vergütung für die einzelnen Bemühungen, denen er sich unterzogen zu haben behauptet. Unter diesen Umständen ist nach der Meinung des OAG.'s kein Verdingungs-, sondern ein Mandatsvertrag anzunehmen, zufolge dessen der Kläger als Sachverständiger den Beklagten bei der Ausführung der in der Fabrik des Letzteren beabsichtigten Veränderung durch seine, besondere Erfahrung und Fachkenntniß erheischenden Bemühungen unterstützen sollte.

B.

III. Sen.-Erk. vom 3. Sept. 1870 no. 88.

Während die Klage für die Existenz eines Lieferungsvertrages ein Anhalten nicht bietet, auch Beklagter selbst auf einen solchen nicht Bezug genommen hat, leitet sie schon dem Wortlaute nach, indem darin auf verschiedene successive „Aufträge“ Bezug genommen ist, das Vorhandensein einzelner Mandatsverhältnisse an.

Dies entspricht der hinsichtlich der advocatorischen Thätigkeit eines Rechtsverständigen längst recipirten Terminologie. Man wird nicht sagen, daß einem Advocaten die Führung eines Prozesses, oder die Fertigung einer Klage als ein opus übertragen worden sei, sondern man bezeichnet ihn als Mandatar, welcher nicht blos seine Verläge bei Ausführung des Auftrags ersetzt, sondern auch, ungeachtet der Unentgeltlichkeit des Mandates, als Regel, seine Bemühungen vergütet verlangen kann. Wie nun solchen Falles der Advocat als Rechtsbeistand fungirt, erscheint Kläger vom Beklagten als technischer Beistand zugezogen, welcher analog jenem für gehabte Bemühungen zu liquidiren befugt ist.

Wollte man aber sogar diese Analogie nicht statuiren, so würde man immer nicht auf eine locatio conductio operis, sondern nur auf eine locatio conductio operarum (liberalium) hingeführt werden und solchergestalt im Wesentlichen zu demselben Resultate gelangen, da Beklagter, welchem Erwerbsthätigkeit des Klägers zur Genüge bekannt war, bei Benutzung seiner Berufsthätigkeit wissen mußte, daß er solche zu honoriren habe (BGB. §. 820).

Präjudizien.

Materielles Strafrecht.

29.

Zu den förmlichen Versicherungen an Eidesstatt, welche Art. 228 des RStGB.'s einem wirklichen Eide gleichstellt, gehört auch diejenige, welche einem Zeugen nicht sowohl Behufs der Bescheinigung des klagbargemachten Bagatellanspruchs selbst, als vielmehr nur zum Zwecke der Erörterung einer in dem fraglichen Bagatellprozesse gleichzeitig mit zu entscheiden gewesenen Nebenfrage (Antrag auf Sachenbeschlagnahme) abgenommen worden ist. (§. 27 des Ges. vom 16. Mai 1839 verbunden mit §. 1 des Ges. vom 30. December 1861).

Erk. vom 9. Juni 1871 no. 445/427.

Nach den thatsächlichen Feststellungen des vorigen Erkenntnisses hat F. H., nachdem er in einer von C. H. wider C. D. anhängig gemachten Bagatellklagsache als Bescheinigungszeuge abgehört worden, wissendlich und absichtlich eine in mehrfacher Beziehung von der Wahrheit abweichende Aussage vor Gericht erstattet und letztere nach vorgängiger Hinweisung auf die Bedeutung der Handlung und Verwarnung vor der eventuell ihn treffenden Strafe mittelst Handschlags an Eidesstatt bekräftigt. Das BG. hat in Folge dessen angenommen, daß auf den vorliegenden Thatbestand die Begriffsbestimmung sowohl des Art. 228 des RStGB.'s, unter dessen Herrschaft das Verbrechen begangen worden, als auch diejenige in §. 165 des BStGB.'s, welches inzwischen in Kraft getreten, An-

wendung leide. Das BG. hat demnach, davon ausgehend, daß die letztgedachten Strafbestimmungen nicht zu einem für den Angeklagten härteren Resultate führen, auf Grund derselben auf eine Gefängnißstrafe von acht Monaten und Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf zwei Jahre erkannt.

Hiergegen ist nun von dem Angeschuldigten zunächst Nichtigkeitsbeschwerde und zwar um deswillen erhoben worden, weil Art. 228 des RStGB.'s auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, vielmehr nach Maßgabe desselben H. Straflosigkeit zu beanspruchen habe, indem seine Abhörung nicht zu Bescheinigung der klagbargemachten Forderung selbst, sondern nur Behufs einer vorgängigen Sicherungsmaßregel, zur Unterstützung des Antrags auf Beschlagnahme gewisser, dem Beklagten zugehöriger Gegenstände erfolgt sei. Hieraus folgert der Angeklagte, daß die Abnahme einer Versicherung an Eidesstatt in dem vorliegenden Falle nicht zulässig gewesen sei.

Von dem BG. ist nun zwar das Thatsächliche dieses Einwandes, dessen Richtigkeit sich überdies aus den beigelegten Civilprozeßacten ergiebt, nicht in Zweifel gezogen, gleichwohl die daraus abgeleitete rechtliche Folgerung nicht getheilt, vielmehr angenommen worden, daß die Bestimmung in §. 27 des Gesetzes vom 16. Mai 1839, das Verfahren in ganz geringfügigen Rechtssachen betr., verbunden mit §. 1 des Gesetzes vom 30. December 1861, die Abkürzung und Vereinfachung des bürgerlichen Prozeßverfahrens betr., ohne Unterschied auf alle gerichtliche Befragungen Anwendung leide, welche bei Gelegenheit eines Bagatellprozesses und zu Bescheinigung eines unter diese Kategorie fallenden Anspruches vorgenommen werden. Das OAG. ist dieser Ansicht beigetreten, mit Rücksicht darauf, daß die angezogenen gesetzlichen Bestimmungen — vergl. auch §. 1 des zuerst allegirten Gesetzes vom 16. Mai 1839 — für eine solche Unterscheidung, wie sie der Anklagte angenommen wissen will, durchaus kein Anhalten gewähren, sowie in Betracht, daß die auf eine bloße Sicherheitsmaßregel bezügliche Befragung des Angeklagten gleichwohl ihrem Wesen nach ebenfalls die Bescheinigung des Anspruchs selbst zum Gegenstande hatte und jedenfalls ihr nicht alle und jede Einwirkung auf die Entscheidung der Hauptsache selbst im Voraus unbedingt abgesprochen werden kann.

30.

Ehrverletzungen in den Schriften der Sachwalter (Art. 240 des RStGB.'s).

Erk. vom 4. Januar 1871 no. 1117/1113.

Dem Sachwalter kommt allerdings, wenn es um den Beweis der Absicht, zu beleidigen, sich handelt, sehr häufig der Umstand zustatten, daß er nur für einen Dritten zum Zwecke der Vertheidigung oder Rechtsverfolgung Behauptungen aufgestellt, oder Aeußerungen gethan hat, welche unter anderen Verhältnissen als Beleidigungen anzusehen sein würden. Wenn aber dem Sachwalter gegenüber die Absicht, seinerseits durch dergleichen Behauptungen und Aeußerungen einem Dritten eine Ehrenkränkung zuzufügen, erwiesen ist, dann kann ihn auch die Berufung darauf, daß er immer nur im Interesse seines Clienten gehandelt habe, ja selbst die Berufung auf einen von diesem ausdrücklich erhaltenen Auftrag gegen die Anwendung des Strafgesetzes nicht schützen.

31.

Der Ausdruck „Bosheit" ist nicht absolut beleidigend (Art. 240 des RStGB.'s).

Erk. vom 4. Januar 1871 no. 1118/1114.

Der Ausdruck „Bosheit" kann als ein — ohne den Nachweis der mit seinem Gebrauche verbundenen Absicht, zu beleidigen — schon an und für sich und unter allen Umständen ehrverletzender keineswegs angesehen werden, vielmehr können dabei, ebenso wie bei dem ihm von der zweiten Instanz gleichgestellten Vorwurfe, unehrenhaft gehandelt zu haben, vielfache Umstände und Verhältnisse in Betracht kommen, welche die Annahme der Absicht zu beleidigen, ausschließen.

32.

Das NDStGB. (§. 61, 65) kennt eine Stellvertretung im Sinne des Art. 102 des RStGB.'s nicht.

Erk. vom 15. Mai 1871 no. 371|368.

Nach den thatsächlichen Feststellungen des durch die Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwalts angefochtenen Erkenntnisses haben die

Pferde, aus deren Schweifen P. Haare abgeschnitten und sich rechtswidrig zugeeignet hat, dem Besitzer des Ritterguts G., in dessen Lohn der Angeklagte sich als auf dem Rittergute dienender Knecht befunden, zugehört uud es liegt sonach zweifellos ein nach §. 247 des BStGB.'s zu beurtheilender nur auf Antrag zu bestrafender Diebstahl vor. Daß in dem Erkenntnisse selbst, in welchem der Angeschuldigte nach §. 242 bestraft worden, der erfolgten Stellung eines Strafantrages keine Erwähnung geschehen, konnte für sich allein noch nicht zu einer Cassation desselben führen,

Annalen, N. F. Bd. V, S. 412,

es war vielmehr dessenungeachtet in Berücksichtigung zu ziehen, daß von dem auf dem Rittergute G. angestellten Oeconomie-Inspector E. ein Strafantrag gestellt worden, und die Entscheidung über die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde von der Beantwortung der Frage abhänigig zu machen, ob der genannte E. dazu in der vorliegenden Sache berechtigt war; diese Frage hat jedoch aus den von dem Staatsanwalte angegebenen Gründen und namentlich in Betracht, daß zu Stellung eines Strafantrags — vergl. §. 65 jct. §. 61 des BStGB.'s — in der Regel nur der Verletzte und daher bei Diebstählen der in §. 247 erwähnten Art nur der durch den Diebstahl beschädigte Eigenthümer des Gestohlnen,

Oppenhoff, Strafgesetze für den norddeutschen Bund S. 438, Nr. 8

und

Schwarze, Commentar zum StGB. für den norddeutschen Bund zu §. 247, S. 554,

für berechtigt anzusehen, daß E. selbst aber auch gar nicht als Verletzter aufgetreten und den Strafantrag überhaupt nicht für seine Person, sondern im Namen des Rittergutsbesitzers von W. als des Bestohlnen, gestellt hat, ohne jedoch nachzuweisen, oder auch nur zu behaupten, daß ihm von dem letzteren ein ausdrücklicher Auftrag zu Stellung von Strafanträgen ertheilt worden sei, daß er sich dazu vielmehr offenbar schon in seiner Eigenschaft als Oeconomie-Inspector auf dem Rittergute G. für befugt gehalten, daß das NDStGB. jedoch,

Schwarze, Commentar S. 252.

eine derartige Stellvertretung nicht kennt, und die in das NDStGB. nicht mit aufgenommenen Bestimmungen des Art. 102 des RStGB.'s keine gesetzliche Geltung mehr haben und daß es deshalb dermal auch keines weiteren Eingehens auf die Frage bedarf, ob der Anwendung des angezogenen Artikels nicht auch noch andere Bedenken, insbesondere in Hinsicht auf den darin erwähnten, dem vorliegenden Falle analogen Ausnahmefall, entgegengestanden haben würden, verneint werden müssen und es war der Angeklagte in Folge dessen unter Wiederaufhebung des angefochtenen Erkenntnisses straffrei zu sprechen.

33.

An der in den Annalen N. F. Bd. IV, S. 31 flg., dargelegten Auffassung über den Endtermin für die Strafantragszurücknahme (Art 106 des RStGB.'s) ist auch dem §. 64 des NDStGB.'s gegenüber festzuhalten.

Verordn. vom 23. Juni 1871 no. 480/467.

Auch giebt das inzwischen in Kraft getretene Bundesstrafgesetzbuch keine Veranlassung, die früher von dem OAG. adoptirte Ansicht

Annalen, N. F. Bd. IV, S. 31 flg.

zu verlassen, da die Fassung von §. 64 des letzteren von derjenigen in Art 106 des RStGB.'s nicht wesentlich abweicht und die in §. 63 ausgesprochene Untheilbarkeit des Strafantrags auch bereits in Art. 106, wenigstens soviel die Gehülfen und Begünstiger im Verhältniß zu den Urhebern anlangt, Ausdruck gefunden hatte.

34.

„Oeffentlich angeschlagene Bekanntmachungen" 2c. 2c. im Sinne von §. 134 des NDStGB.'s.

Erk. vom 21. Juni 1871 no. 551|544.

Die Anwendung der Bestimmung in §. 134 des BStGB.'s wird dadurch bedingt, daß der Befehl, die Bekanntmachung, Verordnung oder Anzeige der Behörde, um deren Abreißen oder Beschädigung es sich handelt, eine öffentlich angeschlagene, d. h. eine

solche ist, welche durch Anschlag an Jedermann zugänglicher Stelle zur allgemeinen Kenntniß gebracht werden soll. Keines dieser beiden Requisite liegt aber dermalen vor, wenigstens ist weder das eine, noch das andere, wie doch unbedingt hätte geschehen müssen, um die Angeschuldigte des mehr bezeichneten Vergehens für überführt zu erachten und ihr deshalb Strafe zuzuerkennen, im Bescheide irgendwie festgestellt worden, gegentheilig sieht dieser Bescheid sogar als erwiesen an, daß die fragliche Ladung vom GA. Z. nur an eine, im Uebrigen nicht näher bezeichnete Person gerichtet gewesen und in Abwesenheit der Geladenen an die Wohnungsthüre derselben angeschlagen worden sei. Daß hierdurch der Begriff einer öffentlich angeschlagenen amtlichen Verfügung in alle Wege nicht gedeckt wird, daß auch dadurch, daß, wie der Bescheid gleichzeitig feststellt, die Anheftung der Ladung in Gegenwart von „Zeugen" erfolgt ist, der angeschlagenen Ladung der Charakter einer öffentlichen nicht beigelegt werden kann, daß sonach die gegentheilige Annahme des Bescheides als eine unhaltbare sich darstellt, bedarf nach Obigem einer weiteren Darlegung nicht.

35.

Eine Bestrafung wegen Meineids (§§. 153 flg. des NDStGB.'s) wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß dem Angeschuldigten, als einem bereits früher wegen Meineids Verurtheilten, der fragliche neue Eid nicht hätte abgefordert werden sollen.

Erk. vom 17. Juli 1871 no. 545|524.

Auch kann aus der bereits früher erfolgten Bestrafung des gegenwärtigen Angeklagten H. wegen eines von ihm verübten Meineides nimmermehr die Folgerung gezogen werden, daß derselbe in dem jetzt fraglichen Falle das Verbrechen des Meineides gar nicht habe begehen können. Es genügt, in dieser Hinsicht darauf hinzuweisen, daß ein verurtheilter Meineidiger, der das Recht verloren hat, zu Leistung von Eiden zugelassen zu werden, gleichwohl bei Vermeidung der auf ein gegentheiliges Handeln gesetzten Strafen verpflichtet bleibt, dafern er einen von ihm geforderten oder ihm nachgelassenen Eid schwören sollte, solchen wahrheitsmäßig zu leisten.



36.

Der Ausdruck „entwenden" deckt den Diebstahlsbegriff nicht (§. 242 des BStGB.'s).

Erk. vom 21. Juli 1871 no. 537/546.

In dem angefochtenen Erkenntnisse ist überhaupt etwas Weiteres nicht für erwiesen erachtet worden, als daß der Angeklagte einen Pelz aus der Behausung S.'s „entwendet" habe, und daß dies für die Annahme eines Diebstahls nach §. 242 des BStGB.'s nicht genügt, und dadurch namentlich die zum Thatbestande dieses Vergehens erforderliche Absicht der widerrechtlichen Zueignung nicht mit festgestellt worden, ist um so zweifelloser, als das Wort „entwenden" nicht einmal völlig gleichbedeutend mit „stehlen" oder „einen Diebstahl begehen" ist, sondern einen weiteren und umfassenderen Sinn hat, so daß, wenn auch zum Thatbestande des Diebstahls jedesmal eine Entwendung gehört, doch anderer Seits nicht jede Entwendung zugleich unter den Begriff des Diebstahls fällt. Dieser schon sprachlich begründete Unterschied zwischen den gedachten beiden Worten hat auch in der Gesetzgebung, und zwar sowohl im RStGB. als im BStGB. Anerkennung gefunden.

In den Motiven zu Art. 272 des RStGB.'s ist nämlich

Krug, Commentar 2. Ausg., Abth. II, S. 165,

ganz ausdrücklich bemerkt worden, daß der Definition des Diebstahls in dem angezogenen Artikel am Schlusse das Wort entwendet nur deshalb in Parenthese beigefügt worden, um die rein factische eigenmächtige Besitzergreifung ohne die juristischen Merkmale eines besonderen Verbrechens zu bezeichnen, und in Art. 330 Abs. 1 desselben GB.'s ist auch von Entwendungen die Rede, die ohne die Absicht, sich das Entwendete zuzueignen u. s. w., verübt worden, bezüglich des BStGB.'s ist dagegen darauf hinzuweisen, daß dasselbe nur die dem Diebstahle nicht gleichgestellte §. 370 sub 5 des BStGB.'s mit Geldstrafe bis zu 50 Thlr. oder mit Haft bedrohte Uebertretung im Gegensatze zum Diebstahl als Entwendung bezeichnet.

Dem OAG., welches bei der ihm nach Art. 338^{b} Abs. 2 der RStPO. obliegenden Prüfung der dem erstgerichtlichen Erkenntnisse unterliegenden Rechtsansicht an die thatsächlichen Feststellungen dieses

Erkenntnisses gebunden war und sich — vergl. Art. 338ᵇ Abs. 3 — nicht für befugt erachten durfte, dieselbe aus den Acten zu vervollständigen, hiernach aber die Anwendung des §. 242 ꝛc. auf die für bewiesen angesehene That nicht für richtig erachten konnte, blieb daher nichts anderes übrig, als K.'n auf die von ihm eingewendete Berufung wegen des ihm Beigemessenen straffrei zu sprechen.

37.

Diebstahl oder Unterschlagung? — Verbergen einer Sache zum Zwecke der diebischen „Wegnahme" (§. 242 des NDStGB.'s) und „Ansichnahme" (Art. 272 des RStGB.'s); — inwieweit die einer einzelrichterlichen Verweisung (Art. 47ᵃ der RStPO.) zu Grunde liegende Rechtsansicht für den erkennenden Richter nicht bindend wird?

Erk. vom 2. Juni 1871 no. 411/418.

Der Dienstknecht M., welcher am 27. Januar d. J. Vormittags im Auftrage seines Dienstherrn des Gutsbesitzers P. damit beschäftigt war, eine größere Anzahl von Säcken mit Getreide aus der Scheune nach dem im Wohngebäude befindlichen Getreideboden zu tragen, schaffte einen dieser Säcke nicht bis auf diesen Boden, vielmehr in die auf dem Wege dorthin gelegene Spreukammer, woselbst er ihn mit der Absicht versteckte, ihn von dort Abends heimlich hinweg zu holen. Auch suchte er in der That noch an demselben Abende diesen Entschluß auszuführen, indem er zunächst mittelst einer an die Außenseite des Wohngebäudes angelegten Leiter zu der Spreukammerluke emporstieg, sodann aber, da ihm das Einsteigen nicht gelang, auf dem gewöhnlichen Wege durch die Hausflur in die Spreukammer sich verfügte und wurde er nunmehr von der Wegholung des Sackes nur noch durch die Dazwischenkunft seines Dienstherrn, welcher ihn hierbei überraschte, abgehalten. Dies alles ist durch den gerichtsamtlichen Bescheid eben so festgestellt, als daß M. hierbei allenthalben nicht in der von ihm vorgegebenen Absicht, das Getreide in das Vieh seines Dienstherrn zu verfüttern,



vielmehr in der Absicht handelte, selbiges sich rechtswidrig anzueignen.

Diesen Feststellungen gegenüber ist in dem Bescheide a) unter ausdrücklicher Verneinung dessen, daß sich M. eines Diebstahlsversuchs schuldig gemacht habe, zwar davon, daß derselbe eine Unterschlagung begangen habe, ausgegangen, gleichwohl aber b) auf Straffreisprechung desselben und zwar unter Bezugnahme darauf erkannt worden, daß die hier vorliegende Untersuchung nur wegen schweren Diebstahlsversuchs geführt, auch nur von diesem Gesichtspunkte aus zunächst von der Anklagekammer in Gemäßheit des §. 7 der Ausführungsverordnung vom 10. December 1870 an das BG. abgegeben und sodann von diesem nach Maßgabe des Art. 47ᵃ der RStPO. an das GA. verwiesen worden sei, hiernach aber letzteres sich behindert finden müssen, eine Bestrafung wegen Unterschlagung eintreten zu lassen.

Die gegen diesen Bescheid eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwalts stellte sich vor allen schon insofern als begründet dar, als sie gegen den sub b gedachten Ausspruch gerichtet worden ist. Der Art. 47ᵃ der RStPO. bindet den Einzelrichter bezüglich der rechtlichen Beurtheilung niemals in der Weise, daß derselbe behindert wäre, ein anderes, aber gleich mildes oder gar milderes Gesetz in Anwendung zu bringen; daß aber vorliegendenfalls die Anwendung des §. 246 des NDStGB.'s sogar zu einem milderen Resultate geführt hätte, als von welchem die Verweisung ausgegangen ist, liegt auf der Hand, wird auch in dem Bescheide selbst gar nicht bestritten. Zudem gehört das Vergehen der Unterschlagung, sobald selbiges, wie hier, eine Ueberschreitung der in Art. 47 der RStPO. vorgezeichneten Strafgrenze nicht erwarten läßt, an sich zur einzelrichterlichen Competenz. Das GA. verhing daher offenbar dadurch, daß es, wenn schon es die Voraussetzungen des §. 246 des NDStGB.'s als gedeckt ansah, dennoch auf Straffreisprechung erkannte, eine Nichtigkeit, welche allein schon ausreichte, um die Cassation des Bescheids herbeizuführen.

Aber auch die materiellrechtliche Beurtheilung, von welcher das GA. ausgegangen ist, muß als unrichtig bezeichnet werden. Indem dasselbe zu Rechtfertigung dessen, warum es das Vorhan-

densein der Diebstahlrequisite negire und der Annahme einer Unterschlagung sich zugewendet habe, darauf Bezug genommen hat, daß der Angeschuldigte, als er zu Verbergung des Sackes verschritten, bereits im Besitze des letzteren gewesen und als schon in dieser Thätigkeit ein Act der rechtswidrigen Entziehung und Aneignung zu finden gewesen sei, ist offenbar der Erwägung nicht Rechnung getragen worden, daß M., als er den Sack, anstatt auf den Boden zu tragen, in die Spreukammer schaffte, dies während einer ihm von seinem Dienstherrn aufgetragenen und zwar in dessen eignen Räumen zu verrichtenden Arbeit that. Durch die Ueberlassung von Gegenständen an einen Dienstboten Behufs einer damit vorzunehmenden Arbeit geht, namentlich soweit diese Arbeit an einer dem Dienstboten angewiesenen und in dem Besitzthume des Dienstherrn befindlichen Arbeitsstelle vorgenommen werden soll, dem Dienstherrn der Gewahrsam an diesen Gegenständen nicht verloren; der Dienstbote vertritt solchenfalls seinen Dienstherrn bezüglich des Besitzes in der Weise, daß er, sobald er einen solchen Gegenstand während der Arbeit sich aneignet, selbigen nicht unterschlägt, sondern aus dem noch gar nicht unterbrochen gewesenen Besitze seines Dienstherrn wegnimmt.

Schwarz, Commentar zum NDStGB. S. 522, 523;

Oppenhoff, Commentar zu §. 242, Anmerk. 19.

Hiernach konnte der Ansicht, daß M. einer Unterschlagung sich schuldig gemacht habe, nicht beigepflichtet und mußte vielmehr angenommen werden, daß sein Gebahren die Begriffsmerkmale des Diebstahls in sich vereinigte. Zweifelhafter dagegen konnte es scheinen, ob ein bereits vollendeter Diebstahl oder nur ein Versuch und beziehentlich der Versuch eines schweren Diebstahls vorliege? Die Entscheidung hierüber war von der Vorfrage abhängig, welche criminalrechtliche Bedeutung man dem Verbergungsacte beilegt. Würde man anzunehmen berechtigt sein, daß durch selbigen bereits der Begriff der Wegnahme im Sinne des §. 242 des NDStGB.'s gedeckt sei, so würde man schon hiernach einen vollendeten einfachen Diebstahl annehmen müssen und solchenfalls kaum noch darauf zukommen können, daß diese That durch das spätere versuchte Einsteigen u. s. w. überdies noch einen anderen strafbaren Charakter angenommen habe, wogegen, falls man in jenem Acte lediglich die

Vorbereitung zu einem durch Einsteigen auszuführenden Diebstahle erblickt, die ganze That als ein Diebstahlsversuch sich darstellen würde, welcher theils durch Einsteigen, theils, als dieses mißglückte, auf nicht qualificirte Weise ausgeführt worden und nach §. 243 verbunden mit §. 44 zu beurtheilen wäre. Auch würde an dieser letzteren verbrecherischen Figur selbst dann, wenn man den Verbergungsact selbst schon als eine Versuchshandlung auffaßte, nur das geändert, daß solchenfalls ein Diebstahlsversuch vorläge, der aus drei, in Fortsetzungsnexus stehenden Thätigkeitsacten zusammengesetzt gewesen wäre, deren einer dann ebenmäßig die Bestrafung nach §. 243 in Verbindung mit §. 44 bedingte. Nach Lage der Sache muß jedoch das OAG. der Annahme, daß in dem Verbergungsacte nur eine Vorbereitungshandlung zu erblicken sei, den Vorzug geben, da sich ebensowenig annehmen läßt, der Sack mit Getreide sei der Willensbestimmung des Eigenthümers schon mit der Einlegung in die Spreukammer thatsächlich entzogen gewesen, als daß der Angeschuldigte in der Meinung gestanden hatte, bereits durch diesen Act sei die „Wegnahme„ des Sackes in dem Sinne erfolgt, um selbigen als dem Eigenthümer entzogen und zu seiner, des Diebes, Verfügung stehend anzusehen. In der ersteren Beziehung mag insonderheit darauf hingewiesen werden, daß die Spreukammer einen Theil des Wohngebäudes des Verletzten bildete und für diesen jederzeit frei zugänglich war, sowie, daß sich — nach den in dieser Beziehung allerdings dürftigen Feststellungen des Bescheids — überdies nicht annehmen läßt, der Sack sei von dem Angeschuldigten in einer Weise versteckt worden, um seinem Dienstherrn, dafern ihm nicht ein ganz besonderer Zufall günstig sein würde, jede Kenntniß von dem Verbliebe abzuschneiden. Eben so deutet aber auch, so viel die hierunter vorgelegene verbrecherische Willensrichtung des Angeschuldigten betrifft, Alles darauf hin, daß dieser, als er den Sack in die Spreukammer schaffte, selbigen keineswegs schon dem Gewahrsam seines Dienstherrn entziehen, vielmehr nur sich selbst eine für die „Wegnahme“ günstigere Gelegenheit verschaffen wollte und daher seinerseits selbst davon ausging, wie er sich die Füglichkeit zu einer, von der Willensbestimmung seines Dienstherrn unabhängigen Verfügung über den Sack erst durch dessen bis auf den

Abend verschobenes Wegtragen von dort verschaffe. — Diese Auffassung, welche auch in Oppenhoff's Commentar zum NDStGB. zu §. 242 Anm. 42 vertreten wird, steht auch keineswegs zu der in den Annalen Bd. VII, S. 229 abgedruckten Entscheidung des OAG.'s in Widerspruch, da der Versteckort, welcher in dem dort behandelten Falle in Frage kam, ein solcher war, durch dessen Wahl der in Rede stehende Gegenstand der Willensbestimmung des bisherigen Inhabers in Wirklichkeit entzogen wurde, ganz zu geschweigen, daß es überhaupt bei jener früheren Entscheidung um den Begriff der „Ansichnahme" im Sinne des Art. 273 des RStGB.'s und sonach um einen Begriff sich handelte, dessen völlige Gleichstellung mit dem Requisite der „Wegnahme" im Sinne des §. 242 des NDStGB.'s nicht ganz unbedenklich sein würde.

Demnach wird das GA. in seinem anderweit abzufassenden Bescheide den Angeschuldigten nach §. 243 (zweiter Abschnitt) verbunden mit §. 44 des NDStGB.'s zu beurtheilen haben u. s. w.

38.

„Umschlossener Raum" im Sinne von §. 243 sub 2 des NDStGB.'s.

Erk. vom 5. Mai 1871 no. 349|327.

Der gegen M. und G. indicirte Diebstahl würde nur dann unter §. 243² des BStGB.'s zu stellen sein und demzufolge der bezirksgerichtlichen Zuständigkeit zufallen, wenn der Verübungsort des Diebstahls, der zum Rittergute K. gehörige Holzhof, als ein umschlossener Raum im Sinne jenes Paragraphen angesehen werden könnte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Ganz abgesehen nämlich von der Frage, ob der an der Westseite des erwähnten Holzhofes befindliche Mühlgraben überhaupt für eine Abschließung gelten könne, war, auch wenn man diese Frage bejahen will, zur Zeit des fraglichen Diebstahls die durch jenen Mühlgraben gebildete Abschließung insofern aufgehoben, als derselbe dergestalt zugefroren war, daß man über die Eisdecke unbehindert in den Holzhof gelangen konnte.

Hiernach hat man davon auszugehen, daß während des ganzen längeren Zeitraumes, innerhalb dessen der gedachte Zustand andauerte, dem Holzhofe die volle Abschließung fehlte. Es läßt sich daher nicht annehmen, daß der Holzhof während jenes Zeitraums einen umschlossenen Raum repräsentirte. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß die Bezüchtigten bei dem Einsteigen in den Holzhof denselben irrthümlich für einen umschlossenen Raum gehalten zu haben scheinen. Vielmehr würde ein solcher Irrthum auf Seiten der Angeschuldigten nur dann Einfluß äußern können, dafern ein Fall vorläge, in welchem nur eine zufällig auf kurze Zeit eingetretene theilweise Unterbrechung des Abgeschlossenseins eines in der Regel allenthalben umschlossenen Raumes (z. B. zeitweiliges Offenstehen einer gewöhnlich verschlossenen Thüre) in Frage stände.

39.

Das Zerschneiden der Umhüllung eines Waarenballens als „Erbrechen eines verschlossenen Behältnisses" (§. 243 sub 2 des RDStGB.'s.)

Erk. vom 5. Juni 1871 no. 407|425.

In dem angefochtenen Erkenntnisse ist ausdrücklich festgestellt worden, daß die Angeklagte aus einem in der Flur eines Hauses in Z. befindlich gewesenen, in Leiwand eingenähten und mit Stricken umschnürten Ballen eine Quantität Garn, eilf Thaler werth, in der Absicht, sich solches rechtswidrig zuzueignen, weggenommen, zu Ausführung dieses Diebstahls aber die Leinwandumhüllung dieses Garnballens zerschnitten oder aufgetrennt habe. Die hieraus gezogene rechtliche Folgerung, daß solchemnach ein durch Erbrechung ausgeführter Diebstahl im Sinne des §. 243 sub 2 des BStGB.'s vorliege, erscheint vollständig gerechtfertiget. Auch in Art. 278 des RStGB.'s wurde die gewaltsame Eröffnung eines zum Schutze gegen fremde Eingriffe bestimmten verschlossenen Behältnisses ausdrücklich als eine Erbrechung desselben bezeichnet und ein auf diese Weise ausgeführter Diebstahl als ein gesetzlich ausgezeichneter bestraft, und es liegt, wenn in §. 243 unter 2 des BStGB.'s die Strafen des schweren Diebstahls auch dann eintreten sollen, wenn aus einem

Gebäude mittelst Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen wird, irgend ein genügendes Anhalten nicht vor, von der bis zum Inkrafttreten des BStGB.'s ausnahmelos festgehaltenen und in vielen Erkenntnissen ausgesprochenen Ansicht, daß ein auf die bezeichnete Weise verwahrter Waarenballen als ein, und zwar überdies verschlossenes, Behältniß, und das gewaltsame Beseitigen einer solchen Umhüllung als ein Erbrechen des ersteren anzusehen sei, wieder abzugehen. Ob hierbei die Leinwandumhüllung unmittelbar zerschnitten oder zerrissen, oder etwa eine zwei verschiedene Theile derselben verbindende Nath aufgetrennt worden sei, welche Frage das erstgerichtliche Erkenntniß dahingestellt sein lassen, indem dasselbe nur als erwiesen ansieht, daß Eines oder das Andere Seiten der Angeklagten bewirkt worden sei, erscheint für die rechtliche Beurtheilung des Falles durchaus einflußlos, denn in beiden Fällen liegt eine gewaltsame Beseitigung des natürlichen oder mechanischen Zusammenhanges der Umhüllung, durch welchen letztere eben erst hergestellt wird, vor.

Oppenhoff, Commentar zum BStGB. S. 419, not. 54—58.

40.

Als Dieb ꝛc. ist auch derjenige „bestraft" worden (§. 244 des NDStGB.'s), dessen Vorstrafe wegen Diebstahls durch Anrechnung der Untersuchungshaft für verbüßt erachtet wurde.

Erk. vom 12. Juni 1871 no. 459/462.

Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde ist auf die Behauptung gegründet, es habe auf den jetzt zur Bestrafung gelangten schweren Diebstahl §. 244 des BStGB.'s deshalb nicht angewendet werden dürfen, weil von den, wie in dem Erkenntnisse durch Verweisung auf den den Acten vorgehefteten Personalbogen festgestellt worden, dem Angeklagten früher wegen Diebstahls auferlegten beiden Strafen nur die erste vollstreckt, die zweite dagegen durch Anrechnung der Untersuchungshaft für verbüßt erachtet worden sei.

Dieser beschränkenden Auffassung der in §. 244 gebrauchten

Worte „bestraft worden ist“ hat jedoch nicht beigetreten werden können.

Der Vertheidiger hat dieselbe zunächst durch Bezugnahme auf die Motiven zu dem angezogenen und dem zunächst folgenden Paragraphen zu rechtfertigen versucht. Diese in

Dr. Schwarze, Handausgabe des Strafgesetzbuchs S. 272

abgedruckten Motiven besagen aber nur, daß der Entwurf die Bestimmung des Preuß. StGB.'s insofern abändere, als derselbe die Voraussetzung des Rückfalls nicht mehr in der früheren Verurtheilung des Diebes, sondern in der gänzlichen oder theilweisen Verbüßung der früheren Strafe, welcher nur der Erlaß derselben gleichgestellt werde, finde und dabei davon ausgehe, daß die Verurtheilung des Schuldigen nur erst in der wirklichen Verbüßung der Strafe ihre volle practische Bedeutung für ihn erhalte und diese Verbüßung ihn über die Nachtheile, welche das Gesetz über ihn bei Verletzung desselben verhänge, in einer fühlbaren Weise belehre, sonach auch der Satz, daß der Rückfällige darthue, wie die früheren Bestrafungen ihm nicht zur Warnung und Besserung gereicht hätten, nur dann, wenn er die Strafe ganz oder theilweise erlitten, eine volle Wahrheit sei. Die Motiven stellen somit bezüglich der Annahme der Rückfälligkeit der nach dem Preuß. StGB. schon für ausreichend erachteten Verurtheilung als weitergehendes Erforderniß das ganze oder theilweise Erleiden des angedrohten Strafübels auf Seiten des Verurtheilten gegenüber. Es soll nicht mehr der bloße richterliche Ausspruch, daß der Angeklagte eine gewisse Strafe verwirkt habe, genügen, sondern es soll dem Verurtheilten auch das Strafübel wirklich fühlbar geworden sein. Dazu gehört aber keineswegs unbedingt eine Verbüßung der Strafe nach Bekanntmachung des Straferkenntnisses, sondern es ist dasselbe Erforderniß auch dann vorhanden, wenn der Schuldige bereits vor dem Erkenntnisse Untersuchungshaft erlitten hat und darauf durch das Erkenntniß die verwirkte Strafe normirt, dabei aber ausgesprochen wird, daß die erlittene Haft an die Stelle dieser Strafe zu treten, daß sie als Verbüßung dieser Strafe zu gelten habe. Könnte hierüber noch ein Zweifel obwalten, so wird derselbe jedenfalls dadurch beseitigt, daß §. 245 des RStGB.'s sogar den völligen Erlaß der früheren Strafe der Ver-

büßung derselben gleichstellt. Der Vertheidiger will zwar im Gegentheile daraus, daß der zuletzt angezogene Paragraph ausschließlich der nur theilweisen Verbüßung und des ganzen oder theilweisen Erlasses der Strafe, nicht aber der Anrechnung der Untersuchungshaft als Strafe gedenkt, folgern, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die letztere der Strafverbüßung nicht habe gleichgestellt werden sollen. Diese Folgerung ist aber eine völlig unberechtigte. Nach den oben gedachten Motiven, konnte es allerdings zweifelhaft bleiben, ob schon das nur theilweise Erleiden des Strafübels und ob namentlich auch der Erlaß desselben die Annahme der Rückfälligkeit rechtfertige, und dieser Zweifel hat durch §. 245 erledigt werden sollen. Daß dagegen das vollständige Verbüßtsein einer erkannten Strafe durch Untersuchungshaft als Bestraftsein im Sinne von §. 244 zu gelten habe, ist offenbar als zweifelhaft gar nicht angesehen und deshalb in §. 245 nicht noch besonders hervorgehoben worden.

Das OAG. hat daher in Anschluß an die auch von

D. Oppenhoff, StGB. für den Norddeutschen Bund zu §. 244, Note 11

vertretene Ansicht, daß die auf richterlichem Ausspruche beruhende Verbüßung einer wegen Diebstahls auferlegten Strafe durch erlittene Untersuchungshaft bei Anwendung von §. 244 des BStGB.'s als Bestraftsein zu gelten habe, sowie in weiterem Betrachte, daß — wie auch vom Vertheidiger nicht bestritten wird — im Uebrigen bezüglich der Aufeinanderfolge beider Vorbestrafungen und des seit des letzten davon verflossenen Zeitraumes die gesetzlichen Erfordernisse festgestellt sind, die angefochtene Gesetzesanwendung gerechtfertigt gefunden.

41.

Als „Dieb" ꝛc. wurde auch derjenige bestraft, dessen Vorbestrafung wegen Diebstahlsversuchs erfolgte (§. 244 des NDStGB.'s).

Erk. vom 16. Juni 1871 no. 465|462.

Anlangend die Angeklagten Z. und Sch., so war die Frage zu beantworten, ob in der That, wie von den vorigen Urtelsverfassern angenommen worden ist, dadurch, daß Jeder der beiden An-

geklagten außer wegen eines vollendeten Diebstahls auch bereits einmal wegen eines Diebstahlsversuchs Strafe erlitten hat, die Voraussetzungen des §. 244 gedeckt werden. Es läßt sich nicht verkennen, daß die Entscheidung hierüber eine nicht ganz zweifellose ist, indessen hat man den vorigen Urtelsverfassern schließlich auch hierin beizutreten gehabt. Insbesondere fällt ins Gewicht, daß, wie auch in Schwarze's Commentar S. 543 ausdrücklich bemerkt wird, die deutschrechtliche Praxis in der Annahme, eine Vorbestrafung wegen Diebstahlsversuchs sei in der hier fraglichen Beziehung einer Vorbestrafung wegen vollendeten Diebstahls gleichzustellen, übereinstimmt, und kann vornämlich auch nicht füglich aus den Vorschriften des Art. 300 des Sächs. StGB.'s Etwas gefolgert werden, was mit diesem Satze in Widerspruch stünde, da dieser Artikel offenbar eine Ausnahme von der allgemeinen Regel statuirte, die ebenmäßig in Art. 83 dieses Gesetzbuchs Ausdruck gefunden hatte. Hiernächst hat man sich dessen zu erinnern, daß vorzugsweise auch das Preuß. StGB. eine Specialbestimmung enthielt, welche der Rückfallsfrage gegenüber den Versuch ganz ausdrücklich der Vollendung gleichstellte (§. 59), und daß die Motiven zum BStGB., welches doch ganz vornehmlich an das Preuß. StGB. sich angelehnt hat, keine auch nur entfernte Andeutung darüber enthalten, wie jenes bisher befolgte Prinzip gemißbilligt und verlassen werden solle. Endlich stimmt es nicht nur mit der Auffassung des Verkehrslebens und mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauche überein, wenn man auch denjenigen, welcher bei Ausführung eines Diebstahls noch nicht ganz bis zur Vollendung vorgeschritten war, als „Dieb" bezeichnet, sondern man hat auch die Bemerkung Schwarze's a. a. O., daß in den Strafbestimmungen des BStGB.'s überhaupt des Versuchs nicht besonders gedacht und dieser vielmehr unter dem Thatbestande mit begriffen zu werden pflege, insoweit beizutreten, als allerdings einigen Stellen des BStGB.'s diese Auffassung zu Grunde liegt und als insonderheit unter Anderem wohl davon ausgegangen werden darf, der Gesetzgeber habe beispielsweise in den Fällen der §§. 252 und 258 nicht schlechterdings vorausgesetzt, daß der auf der That Betroffene oder derjenige, welchen der Dritte seines eigenen Vortheils wegen begünstigte, den fraglichen Diebstahl vollendet haben müsse.

Sowie Man aber hiernach allenthalben den vorigen Urtelsverfassern darin beizupflichten gehabt hat, daß die Vorbestrafungen Z.'s und Sch.'s in der That den Voraussetzungen des §. 244 des BStGB.'s entsprechen rc.

42.

Ob der Angeschuldigte bei der rechtswidrigen Verpfändung anvertrauten Gutes eine wohlbegründete Ueberzeugung von der rechtzeitigen Wiedereinlösungsfüglichkeit gehabt haben möge? kann für seine Unterstellung unter §. 246 des NDStGB.'s nur mittelbar und zwar lediglich insofern maßgebend werden, als in dem Mangel jener Ueberzeugung ein Indiz für den Mangel seiner (Aneignungs- resp.) Wiedereinlösungsabsicht — des alleinigen subjectiven Thatbestandsrequisits — gefunden werden kann.

Erkenntniß vom 11. August 1871 no. 631|607.

Daß die rechtswidrige Verpfändung anvertrauten Gutes, sobald selbige mit der Absicht der Nichtwiedereinlösung erfolgt, die Begriffsmerkmale des Vergehens der Unterschlagung im Sinne von §. 246 des BStGB.'s in sich begreift, kann einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, da solchenfalls in dem betreffenden Gebahren und in der damit verbundenen verbrecherischen Willensrichtung eine rechtswidrige Zueignung und die auf eine solche gerichtete Absicht zu finden ist.

Nicht minder aber ist davon auszugehen, daß es zur Rechtfertigung einer solchen Annahme nicht einmal schlechterdings des Nachweises der directen Nichtwiedereinlösungsabsicht bedarf, daß vielmehr zu ihr auch schon diejenigen Verpfändungsfälle berechtigen, in denen der Angeschuldigte zwar die Vornahme einer Wiedereinlösung mit in den Kreis seiner Reflexionen gezogen haben mag, dabei jedoch nicht in so ausgeprägter Weise zu einem Abschlusse seiner Gedanken und zu einer Richtung seines Willens gelangte, um sagen zu können, er sei bei der Verpfändung von einer genügend bestimmten Absicht der Wiedereinlösung geleitet worden. Die Entscheidung der

Frage, wo die Grenze sei, von welcher ab der Richter die Existenz eines solchen genügend bestimmten bewußten Wollens auf Seiten des Angeschuldigten zu statuiren habe? wird selbstverständlich zumeist von der Würdigung der äußeren Umstände, unter denen der Angeschuldigte zur Verpfändung verschritt, abhängig sein müssen und wird demgemäß auch vorzugsweise dem Gebiete der reinfactischen Beweisannahmen angehören. Vornämlich wird dies dann der Fall sein, wenn zwar auf Seiten des Verpfändenden die vorhanden gewesene Absicht rechtzeitiger Wiedereinlösung behauptet werden, eine gewissenhafte Prüfung seiner Vermögensverhältnisse und beziehentlich der sonstigen den Fall begleitenden Umstände aber ergeben sollte, daß mit letzteren eine solche Absicht in Widerspruch gestanden haben würde; es wird dann der Richter unbedingt daraus, daß der Angeschuldigte eine durch die Sachlage begründete Ueberzeugung über die Füglichkeit rechtzeitiger Wiedereinlösung nicht habe gewinnen können, gleichzeitig den Schluß ziehen dürfen, daß auch dessen Ausflucht, mit der Absicht der Wiedereinlösung gehandelt zu haben, nicht glaubhaft sei. Es wird demnach solchenfalls in der Ermittelung dessen, daß der Angeschuldigte eine begründete Aussicht auf den Erwerb geeigneter Wiedereinlösungsmittel nicht gehabt habe, zugleich ein zureichendes Indiz für den Mangel der Wiedereinlösungsabsicht zu erblicken sein.

Ein Fall der letzteren Art liegt nach den thatsächlichen Feststellungen des vorigen Erkenntnisses gegenwärtig vor. Allerdings lassen die Rationen, soweit in selbigen die verbrecherische Willensrichtung des Angeschuldigten N. behandelt wird, die erforderliche Schärfe der Ausdruckweise vermissen, indem darin vornämlich nicht streng genug zwischen den verschiedenen Begriffen „hoffen“, „beabsichtigen“ und „überzeugtsein“ unterschieden und scheinbar sogar der nach Obigem richtige Satz, daß der Mangel einer wohlbegründeten Ueberzeugung über den Erwerb genügender Wiedereinlösungsmittel gleichzeitig ein durchschlagendes Indiz für den vorhanden gewesenen Mangel einer genügend bestimmten Wiedereinlösungsabsicht abgebe, in den mit §. 246 des BStGB.'s unvereinbaren Satz verkehrt wird, daß schon der Mangel jener wohlbegründeten Ueberzeugung allein die subjectiven Thatbestandsrequisite des §. 246 decke, indessen hat

Man doch in den desfallsigen Deductionen genügenden Anhalt dafür gefunden, daß von den vorigen Urtelsverfassern von jener irrigen Auffassung nicht ausgegangen, vielmehr dem Anführen N.'s, wie er bei der widerrechtlichen Verpfändung des ihm anvertrauten Guts mit der Absicht rechtzeitiger Wiedereinlösung gehandelt habe, insbesondere in Hinblick auf seine mißliche pecuniäre Lage kein Glaube geschenkt worden sei. Es berechtigt hierzu insonderheit ꝛc. ꝛc.

43.

Zu den im „Lohn" Befindlichen (§. 247 des NDStGB.'s) wurde ein mit einem monatlichen Gehalt von 30 Thlrn. in einer Brauerei angestellter Buchhalter nicht gerechnet*).

Erk. vom 21. April 1871 no. 299|277.

44.

Schon in der bloßen Gefährdung des getäuschten Creditgebers kann eine Vermögensschädigung desselben im Sinne von §. 263 des NDStGB.'s gefunden werden.

Erk. vom 12. Mai 1871 no. 361|352.

Die vorige Instanz geht augenfällig von der Auffassung aus, daß, dafern der von dem Angeschuldigten B. beabsichtigte und erreichte Vermögensvortheil lediglich in Erlangung von Credit bestanden habe, nicht schon durch die bloße Gefährdung des Creditgebers, vielmehr erst durch den etwaigen nachträglichen Verlust der Forderung das im §. 263 des NDStGB.'s vorausgesetzte Kriterium der Vermögensbeschädigung gedeckt werde. Allerdings scheint dieser Ansicht die in Schwarze's Commentar S. 578, 519 vertretene Auffassung zur Seite zu stehen, allein das OAG. vermag sich letzterer nicht anzuschließen; vielmehr muß nach der Ansicht desselben schon in der wirklichen Gefährdung des Forderungsberechtigten und schon darin,

---

*) Vergl. dazu insbesondere die Gründe in dem S. 326 sub Nr. 25 abgedruckten Urtel.



daß selbigem zeitweise die Disposition und Verwaltung über ein Stück seines Vermögens entzogen oder verkümmert wird, eine wirkliche Schädigung des letzteren gefunden werden. Auch zahlreiche Entscheidungen des preuß. Obertribunals stimmen hiermit überein.

Oppenhoff's Rechtsprechung des OT. Bd. I, S. 506; Bd. IV, S. 161; Bd. V, S. 144; Bd. VIII, S. 150, 238; Bd. X, S. 782; Bd. XI, S. 213,

sowie

Oppenhoff's Commentar zum NDStGB. S. 460, Anm. 23.

Soweit übrigens Schwarze a. a. O. der von ihm ausgesprochenen Ansicht in Betreff eines etwa vorgelegenen dolus indirectus eine Beschränkung hinzugefügt hat, wird hierdurch in die von ihm behandelte Zweifelsfrage ein Gesichtspunkt hineingetragen, durch welchen überhaupt die verbrecherische Figur eine ganz andere wird; denn sobald der Angeschuldigte überdies mit dem Bewußtsein gehandelt haben sollte, daß dem Creditgeber seine Forderung gänzlich verloren gehen werde, träte überhaupt der Begriff eines bloßen Creditbetrugs völlig zurück.

Daß aber vorliegenden Falls die Creditgeber bezüglich ihrer Forderungen gefährdet gewesen seien, ist jedenfalls zur Genüge angezeigt; ja es läßt sich fragen, ob selbige nicht bereits eine Vermögensbeschädigung erlitten haben, welche die Grenzen einer bloßen Anspruchsgefährdung schon einigermaßen überschritten hat; denn es ist nicht nur angezeigt, daß B. die Zahlungstermine nicht innehielt und daß seine Gläubiger gegen ihn klagbar werden mußten, ohne sobald auf ihre Befriedigung sicher rechnen zu können, sondern man darf jedenfalls auch als indicirt ansehen, daß die Verfolgung ihrer Interessen mit manchen weiteren Geldopfern für sie verbunden gewesen ist und beziehentlich noch fernerhin verbunden sein wird.

45.

Der Thatbestand des §. 263 des NDStGB.'s erfordert das Vorspiegeln von „Thatsachen" so wie das Herbeiführen einer „Vermögensbeschädigung" und wird daher auch insbesondere nicht schon durch die ausschließ-

lich vorliegenden Voraussetzungen des Art. 286 sub 1 des RStGB.'s gedeckt.

Erk. vom 8. Mai 1871 no. 340|350.

Nach Art. 286 sub 1 des RStGB.'s macht sich allerdings derjenige, welcher die Eingehung eines Vertrags nur als Täuschungsmittel gebraucht, um den Vertragsgegenstand oder die in der vertragsmäßigen Leistung des anderen Theiles enthaltenen Vortheile ohne die bedungene Gegenleistung sich widerrechtlich zu verschaffen, auch wenn er dabei durch keine weiteren und besonders wahrheitswidrigen Vorspiegelungen auf die Willensbestimmung seines Mitcontrahenten eingewirkt hat, schon dadurch allein, daß er überhaupt den Vertrag gleich in der Absicht, ihn seiner Seits nicht zu erfüllen, eingegangen, eines nach Art. 285 jct. Art. 284 des RStGB.'s strafbaren Betrugs schuldig; da jedoch diese specielle Bestimmung des älteren Rechts in das seit dem 1. Januar 1871 in Kraft getretene StGB. für den norddeutschen Bund nicht mit aufgenommen worden, so würde die Eingehung eines Vertrags in der obgedachten rechtswidrigen Absicht für sich allein und ohne Hinzutritt irgend einer noch weiteren auf die Täuschung des andern Theils berechneten Thätigkeit offenbar nur dann auch gegenwärtig noch als Betrug angesehen und bestraft werden können, wenn eine solche Handlung ohnedies schon den §. 263 des BStGB.'s angegebenen Erfordernissen dieses Vergehens entspräche und mithin schon an sich durch die Strafvorschriften dieses Paragraphen dergestalt mit betroffen würde, daß es einer besonderen Bestimmung der im Art. 286 sub 1 des RStGB.'s gedachten Art gar nicht bedurft hätte. Daß ist aber nicht der Fall, denn die bloße Absicht, eine vertragsmäßig übernommene Verbindlichkeit nicht zu erfüllen, ist, wie in dem angefochtenen Erkenntnisse mit Recht bemerkt worden, noch keine Thatsache in der eigentlichen Bedeutung dieses Wortes und im Sinne des Gesetzes und es kann daher auch in dem Verschweigen einer solchen rechtswidrigen Absicht bei Eingehung eines Vertrages allein weder die Vorspiegelung einer falschen, noch die Unterdrückung einer wahren Thatsache erblickt werden,

Schwarze, Commentar zum StGB. für den norddeutschen Bund S. 580.

Hiernach würde es aber, wenn dessenungeachtet auch eine derartige widerrechtliche Handlungsweise mit den Strafen des Betrugs hätte belegt werden sollen, um so unerläßlicher gewesen sein, eine hierauf bezügliche besondere, der im Art. 286 sub 1 des RStGB.'s enthaltenen gleiche Bestimmung in das StGB. mit aufzunehmen, als die Ansicht, daß Täuschungen, welche lediglich die Absicht, die Willensrichtung betreffen, einen criminell strafbaren Betrug zu begründen nicht geeignet sind, bereits damals in der Theorie und Praxis vielfach zu Geltung gelangt war, und namentlich in Preußen

Oppenhoff, StGB. für den norddeutschen Bund, 2. Liefer.
Goltdammer, Archiv Bd. V, S. 567; Bd. XIII, S. 224, 804 u. Bd. XV, S. 707,

auch schon vor dem Erscheinen des NDStGB.'s beim Rechtsprechen constant befolgt worden ist.

Im Uebrigen ist auch noch darauf hinzuweisen, daß die Absicht eines Contrahenten, einen von ihm in gehöriger Weise abgeschlossenen zu Recht bestehenden Vertrag seiner Seits nicht erfüllen zu wollen, selbstverständlich nicht die Ungültigkeit des Vertrags zur Folge hat, daß der betreffende Contrahent vielmehr trotzdem verpflichtet bleibt, die von ihm vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeiten zu erfüllen, daß er auch dazu im Weigerungsfalle von dem anderen Theile mittelst der Contractsklage angehalten und genöthigt werden kann und daß daher auch von einer bloßen Vorspiegelung eines Vertrags als einer falschen Thatsache nicht die Rede sein kann; hieraus folgt aber weiter von selbst, daß die gedachte widerrechtliche Absicht für sich allein noch keine Vermögensbeschädigung des anderen Theils herbeiführt, und daß es daher auch an diesem Erfordernisse des Betrugs so lange gebricht, als der Vertrag erfüllt werden kann; aber selbst wenn sich der unredliche Contrahent gar nicht in der Lage befindet, den Vertrag zu erfüllen und die von ihm bei Eingehung des Vertrags beabsichtigte Vermögensbeschädigung des andern Theils wirklich eingetreten ist, würde immerhin, nach dem, was bereits oben ausgeführt worden, eine Bestrafung wegen Betrugs nach §. 263 des NDStGB.'s nur unter der Voraussetzung erfolgen können, daß der Angeschuldigte durch falsche Vorspiegelungen über seine persönlichen, oder Vermögensverhältnisse, oder über sonstige

dabei in Frage kommende thatsächliche Verhältnisse seinen Mitcontrahenten geflissentlich getäuscht und dadurch zu Eingehung des Vertrags bestimmt hat; es versteht sich jedoch von selbst, daß derartige Vorspiegelungen nicht blos durch ausdrückliche und mündliche Aeußerungen, sondern auch durch Handlungen und überhaupt durch das ganze Auftreten und Gebahren des Thäters bei Eingehung des Vertrags bewirkt werden können.

Da nun in dem vorliegenden Falle der Angeschuldigten, A. R., gegenüber in dem Erkenntnisse der zweiten Instanz etwas Weiteres nicht für bewiesen angesehen worden, als daß dieselbe nicht die Absicht gehabt, die von ihr mit mehrern Personen abgeschlossenen Miethverträge zu halten, sondern sich in allen diesen Fällen nur das Miethgeld ohne die bedungene Gegenleistung widerrechtlich verschaffen wollen und daß sie weiter auch nicht die Absicht gehabt, die ihr auf Verlangen gewährten Vorschüsse zurückzuzahlen, so war die von dem Staatsanwalte gegen das gedachte Erkenntniß, insoweit als darin die Angeklagte wegen der ihr beigemessenen Handlungen straffrei gesprochen worden, eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet zu verwerfen.

46.

Wahrheitswidrige Vorspiegelungen des bei einer Feuerversicherungsgesellschaft Versicherten über die Höhe des erlittenen Brandschadens (§. 263 des NDStGB.'s; Art. 284, 285³ des RStGB.'s).

Erk. vom 12. Juni 1871 no. 446|444.

Nach den thatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Erkenntnisses hat der Angeklagte, welcher sein gesammtes in dem ihm gehörigen, unter Nr. 51 des Brandcatasters für B. gelegenen Mühlengrundstücke befindliches Mobiliar bei der Aachner und Münchner Feuerversicherungsgesellschaft versichert gehabt, nachdem er am 19. November 1870 an diesem Mobiliar einen erheblichen Brandschaden wirklich erlitten, dem zu Regulirung dieses Schadens abgeordneten Vertreter der gedachten Gesellschaft zwei von ihm gefertigte Zusammenstellungen der erlittenen Brandschäden übergeben, in welchen er unter den einzelnen Bl. aufgeführten Ansätzen den er-

littenen Schaden auf circa 2652 Thlr. 25 Ngr. und damit — da ein großer Theil der als verbrannt aufgeführten Vorräthe theils gar nicht vorhanden gewesen, theils vom Brande nicht betroffen worden war — um mindestens 1200 Thaler zu hoch berechnet hat.

Seine Absicht ist dabei dahin gegangen, durch Vorspiegelung der Thatsache, daß sein Verlust den angegebenen Betrag erreicht habe, den Vertreter der Versicherungsgesellschaft in einen Irrthum zu versetzen und in solcher Weise zum Nachtheil der Versicherungsgesellschaft sich einen rechtswidrigen Vermögensvortheil von mindestens 1000 Thalern zu verschaffen. Er hat endlich auch, als er von dem Vertreter der Gesellschaft durch den Vorhalt des Ergebnisses angestellter Erörterungen zum Zurücktreten von seiner Forderung vermocht worden, bereits Alles gethan gehabt, was er für nöthig gehalten, um die von ihm beabsichtigte Rechtsverletzung herbeizuführen.

Gegen die Rechtsansicht, daß nach dieser thatsächlichen Feststellung dem Angeklagten ebenso nach Art. 284, 285[3], 39 und 40 des RStGB.'s, wie nach §. 263 und §. 43 des BStGB.'s der strafbare Versuch eines einfachen Betrugs zur Last falle 2c.,

hat derselbe geltend machen wollen, daß die von ihm ausgegangene Vorspiegelung unwahrer Thatsachen als criminell strafbar ebensowenig angesehen werden könne, als wenn er derselben in einem gegen die Versicherungsgesellschaft angestrengten Civilprozesse sich bedient hätte.

Der allerdings in älterer und neuerer Zeit vielfach

Neue Jahrbücher für Sächs. Strafrecht Bd. IV, S. 220; Bd. VII, S. 263; Bd. VIII, S. 332,

Allg. Ger.-Zeit. 1857, S. 456,

Annalen des OAG.'s Bd. III, S. 247 und N. F. Bd. I, S. 321,

Schwarze im Gerichtssaal 1866, S. 105 flg.,

Desselben Commentar zum BStGB., S. 585,

aufgestellte, auch vom OAG. adoptirte Grundsatz, daß das wahrheitswidrige Vorbringen, ebenso wie das wahrheitswidrige Ableugnen von Thatsachen im Civilprozesse nicht unter den Thatbestand des criminellen Betrugs falle, beruht aber, wie an den angeführten

Orten eingehend und übereinstimmend ausgeführt ist, auf den besonderen Verhältnissen, unter welchen im Civilprozesse die Parteien sich und dem Richter gegenüberstehen, indem danach in der Berufung auf eine Thatsache nur das Erbieten zum Beweise derselben und in dem Verneinen einer solchen nur das Verlangen, daß der Gegner sie zum Erweise bringe, zu befinden ist, mithin weder auf der einen Seite eine rechtliche Verpflichtung zu Angabe der Wahrheit, noch auf der anderen ein Recht besteht, solche zu erwarten. Dadurch wird der Begriff der Täuschung ausgeschlossen.

Keineswegs darf aber derselbe Grundsatz auf andere Verhältnisse des geschäftlichen Verkehrs angewendet werden, in denen ein Berechtigter einem Verpflichteten gegenübersteht. In solchen Verhältnissen ist der eine Betheiligte von dem andern Betheiligten Angabe der Wahrheit zu erwarten berechtigt, die Vorspiegelung falscher, sowie die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen ist deshalb geeignet, einen bestimmenden Einfluß auf den Willen des Anderen auszuüben, in ihm einen Irrthum zu erregen.

Der Umstand, daß der Andere bei Anwendung größerer Vorsicht von der Unwahrheit des gegentheiligen Vorbringens sich hätte überzeugen können, schließt hier die Annahme einer Täuschung nicht aus und ebenso wird die Annahme eines strafbaren Versuchs dadurch nicht ausgeschlossen, daß, wie im vorliegenden Falle geschehen, Derjenige, welcher getäuscht werden sollen, noch bevor die Absicht des Täuschenden erreicht worden, die Unwahrheit des gegentheiligen Vorbringens erkannt hat.

Schwarze, Commentar zum BStGB. S. 586.

47.

Ob eine Privaturkunde zum Beweise von Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sei (§. 267 des NDStGB.'s)? ist im Wesentlichen Rechtsfrage; — ein Brief ohne förmliche Unterschrift mit dieser Eigenschaft.

Erk. vom 12. Mai 1871 no. 358|365.

Allein, wenngleich die Frage, ob eine gefälschte Urkunde zum Beweise von Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sei, nach Ansicht

des OAG.'s, im Wesentlichen wenigstens, nur der rechtlichen Beurtheilung unterliegt, die Zulässigkeit einer Richtigkeitsbeschwerde dermalen sonach nicht zu bezweifeln ist, so hat das OAG. doch der rechtlichen Anschauung der ersten Instanz lediglich beitreten müssen. In dem fraglichen Briefe wird J. K., unter Zusicherung der Wiedererstattung, beauftragt, einer dritten Person eine bestimmte Geldsumme auszuzahlen; daß ein, einen derartigen Auftrag enthaltendes Schriftstück eintretenden Falles von außerordentlicher Erheblichkeit für den Nachweis der in dessen Folge gebildeten Rechtsverhältnisse sein könne, bedarf als selbstverständlich keiner besonderen Darlegung; auch wird hieran durch den Mangel einer Namensunterschrift unter jenem Briefe etwas nicht geändert. Denn der Inhalt des Briefes selbst, dessen Wortfassung, Ueber- und Unterschrift, in Verbindung mit der auf solchem befindlichen Adresse gestatten keinen Zweifel darüber, daß diese Zuschrift als von dem Ehemanne der Adressatin, der verehel. K., herrührend hat angesehen werden sollen, und es würde solche daher, der mangelnden Namensunterschrift ungeachtet, immerhin formell und materiell als ein Beweisstück sich charakterisiren.

48.

Ueber die formellen Requisite einer dem §. 271 des NDStGB.'s zu unterstellenden Beurkundung (Recognitionsregistratur).

Erk. vom 26. Mai 1871 no. 409|394.

Constatirt ist, daß der Angeschuldigte F. M. R. aus O. am 14. Februar d. J. dem GA. zu L. eine mit „L. W. R." unterzeichnete, die Einwilligung zu einer Hypothekenlöschung enthaltende Urkunde dd. O. den 13. Februar 1871 mit der Bitte um Aufnahme einer Recognitionsregistratur producirte und hierbei als den Unterzeichner dieser Urkunde sich vorstellte, sowie daß der Gerichtsamtsreferendar K., nachdem der Gerichtsbeisitzer Th. den Erschienenen im Allgemeinen als den ihm persönlich bekannten „R. aus O." recognoscirt hatte, zu Abfassung der Recognitionsregistratur verschritt, auch selbige dem Recognoscenten R. und dem Gerichtsbeisitzer

Th. vorlas. Ebenso aber ist gleichzeitig festgestellt, daß es bis zu einer Mitvollziehung der Registratur Seiten Th.'s und zu deren Untersiegelung nicht kam und zwar um deswillen nicht, weil Letzterer, nachdem er die ihm bis dahin entgangenen Specialitäten der R.'schen Angaben durch Anhören des Protocolls erfahren hatte, mit dem Anführen hervortrat, der erschienene R. sei nicht identisch mit dem Unterzeichner der von ihm producirten Urkunde, vielmehr dessen Sohn — ein Anführen, dessen Wahrheit auch nachmals, beziehentlich unter gleichzeitiger Constatirung dessen sich herausgestellt hat, daß der Angeschuldigte im Einverständnisse seines am persönlichen Erscheinen vor Gericht durch Krankheit behinderten Vaters so, wie geschehen, vorgeangen war.

Indem das BG. hierdurch alle Voraussetzungen des §. 271 des NDStGB.'s für erfüllt angesehen hat, ist von ihm der Einfluß unterschätzt worden, welcher dem Umstande eingeräumt werden muß, daß die Recognitionsregistratur weder von Th. mit vollzogen, noch mit dem Gerichtssiegel versehen worden ist. Die allegirte Vorschrift setzt die vorsätzliche Bewirkung dessen voraus, daß Erklärungen, Verhandlungen oder Thatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden, Büchern oder Registern als abgegeben oder geschehen beurkundet worden sind, und es gehört daher zur vollständigen Deckung der Begriffsmerkmale des hier in Rede stehenden Vergehens die erfolgte Herstellung einer amtlichen Urkunde, welche den gesetzlichen formellen Erfordernissen entspricht. Letzteres läßt sich von der hier in Frage befangenen Recognitionsregistratur nicht füglich behaupten; dieselbe würde vielmehr nach Maßgabe des Mandats vom 27. Sept. 1819 §. 5 erst dann den gesetzlichen Requisiten entsprochen haben, nachdem sie annoch von dem Gerichtsbeisitzer, auf dessen Zeugniß in ihr Bezug genommen worden, mit unterschrieben, sowie mit dem Gerichtssiegel versehen worden wäre. Hiermit wird auch keineswegs der jedenfalls bedenklichen Annahme das Wort geredet, als ob einer jeden Urkunde ohne Weiteres schon um deswillen, weil sie wegen irgend eines formellen Mangels angefochten werden könne und aus diesem Grunde beweisunfähig sei, der Charakter einer öffentlichen Urkunde abzusprechen wäre, vielmehr kommt hier eine ganz andere

Combination insofern in Frage, als Derjenige selbst, welcher zur Beurkundung verschritt, durch äußere Umstände daran verhindert wurde, den von ihm selbst noch nicht für abgeschlossen erachteten gerichtlichen Act zum völligen legalen Abschluß zu bringen.

Hiernach und in weiterer Erwägung, daß das Vergehen des §. 271 nicht zu denjenigen gehört, betreffs deren das Gesetz die Strafbarkeit eines Versuchs ausdrücklich statuirt (§. 43, Abs. 2 des NDStGB.'s), war nicht nur auf Cassation des vorigen Erkenntnisses, sondern zugleich auf Straffreisprechung zu erkennen. Daß hierdurch der Entschließung der Verwaltungsbehörde über die etwaige Einschläglichkeit des §. 360 sub 8 des NDStGB.'s nicht präjudicirt werden soll, versteht sich von selbst.

49.

Nur der von der Hülfsvollstreckung Bedrohte kann zum auctor physicus des in §. 288 des NDStGB.'s (Art. 310 des RStGB.'s) behandelten Delicts werden. — Mitthäterschaft dabei; Anstiftung und Beihülfe dazu. — Dem NDStGB. ist der in Art. 57 des RStGB.'s behandelte besondere Fall der Theilnahme fremd.

Erk. vom 16. Juni 1871 no. 456|461.

Zu dem Vergehen der Hinterziehung der Hülfsvollstreckung gehört nach Art. 310 des RStGB.'s ebenso, wie nach §. 288 des BStGB.'s das besondere persönliche Verhältniß des Thäters, daß ihm als Schuldner eine Hülfsvollstreckung zu Befriedigung seines Gläubigers drohe und daß er, um diese Befriedigung zu vereiteln, Bestandtheile seines Vermögens veräußere oder bei Seite schaffe. Eine andere Person, als der von der Hülfsvollstreckung bedrohte Schuldner, kann daher an der Hinterziehung der Hülfsvollstreckung wohl als Anstifter, Gehülfe oder Begünstiger sich betheiligen, aber niemals dieses Delict als physischer Urheber begehen.

Davon ist auch das GA., welchem die zweite Instanz beigetreten, ausgegangen, indem, obgleich als erwiesen angesehen worden, daß Tr. mit Kenntniß davon, daß seiner Ehefrau die oben bezeichnete Hülfsvollstreckung drohe, in der Absicht, die Befriedigung des

Gläubigers zu vereiteln, das Fortschaffen beweglichen Eigenthums seiner Ehefrau beschlossen und ausgeführt habe, Tr. doch nur der Beihülfe zu dem Vergehen der Hinterziehung der Hülfsvollstreckung schuldig erklärt worden ist.

Beihülfe setzt nun aber, ihrer Natur nach — vergl. Art. 53 des RStGB.'s und §. 49 des BStGB.'s — eine fremde unter das Strafgesetz fallende That voraus, und es war daher zu Annahme einer solchen von Seiten des Angeklagten Tr. nur zu gelangen, wenn zugleich als erwiesen angesehen wurde, daß die verehel. Tr., welche allein ihrem persönlichen Verhältnisse nach eine Hinterziehung der ihr drohenden Hülfsvollstreckung begehen konnte, dieses Vergehens sich schuldig gemacht habe.

In dieser Beziehung wird nun aber als thatsächlich feststehend anerkannt, daß die verehel. Tr. an dem von ihrem Ehemanne beschlossenen und ausgeführten Fortschaffen der Hülfsobjecte in keiner Weise selbstthätig sich betheiligt habe.

Nicht einmal ihre Gegenwart bei dem Aufladen und Fortschaffen der Sachen ist als erwiesen bezeichnet, vielmehr wird die von dem Ehemanne beschlossene und ausgeführte Hinterziehung der Hülfsvollstreckung der verehel. Tr. deshalb strafrechtlich zugerechnet, weil sie dem auf Beseitigung der fraglichen Gegenstände gerichteten und ihr mitgetheilten Anverlangen ihres Ehemannes, weil derselbe sonst mit ihr gezankt haben würde, und weil sie gesehen, daß sie auf andere Weise kein Geld schaffen könnten, beigepflichtet, mithin das Beiseiteschaffen mit ihrem Ehemanne beschlossen und sodann ihres Ehemannes, als Werkzeuges zu Ausführung des gemeinschaftlichen Beschlusses sich bedient habe. Der letztere Ausspruch, welcher allerdings die strafrechtliche Zurechnung der That gegenüber der verehel. Tr. rechtfertigen würde, ist nun aber nicht als eine für die gegenwärtige Instanz maßgebende thatsächliche Feststellung, sondern nur als eine Folgerung aus vorausgeschickten Thatsachen anzusehen gewesen, als solche aber nicht gerechtfertigt befunden worden. Denn wenn, wie ausgesprochen worden, Tr. zunächst das Fortschaffen des der Hülfsvollstreckung ausgesetzten beweglichen Eigenthums seiner Ehefrau beschlossen und dazu nur die Zustimmung der Letzteren erlangt hatte, so war er, als er dieses Fort-

schaffen ausführte, offenbar nicht ein bloßes Werkzeug in der Hand seiner Ehefrau, nicht das Instrument eines fremden Willens, sondern in der selbstthätigen Ausführung eines eigenen Beschlusses begriffen.

Der verehel. Tr. fällt demnach nach den vorliegenden thatsächlichen Feststellungen ein Mehreres nicht zur Last, als das ausgesprochene Einverständniß mit der von ihrem Ehemanne beschlossenen und ausgeführten That, welche allerdings, wenn sie ihr als Anstifterin oder Miturheberin angerechnet werden könnte, für sie, nach ihrem persönlichen Verhältnisse, den Charakter einer strafbaren Hinterziehung der Hülfsvollstreckung an sich tragen würde. Auch keine dieser Voraussetzungen ist aber vorhanden. Daß die Angeklagte sich nicht, wie Art. 65, Abs. 2 des RStGB.'s besonders hervorhebt, ihres Ehemannes nur als Mittels für ihren eigenen Zweck bedient habe, ist bereits nachgewiesen. Eine Anstiftung durch eines der in Art. 62 des RStGB.'s und §. 48 des BStGB.'s angegebenen Mittel dagegen ist überhaupt nicht erwiesen und es erledigt sich damit die Frage, wie dieselbe nach den verschiedenen persönlichen Verhältnissen der Anstifterin und des Angestifteten anzusehen sein würde. Als Miturheberin der nach den verschiedenen persönlichen Verhältnissen eine verschiedene rechtliche Natur an sich tragenden That kann aber die verehel. Tr., auch wenn man ihr Einverständniß als Beitritt zu dem Beschlusse der That auffaßt, nicht angesehen werden, da dazu schon das RStGB. Art. 50 in Verbindung mit der Theilnahme am Beschlusse Mitwirkung, oder doch mindestens Gegenwart bei der Ausführung erfordert. Auf den in Art. 57 des RStGB.'s vorgesehenen besonderen Fall der Theilnahme dagegen konnte schon deshalb nicht zugekommen werden, weil

> Otto in den Annalen des OAG.'s N. F. Bd. VIII, S. 25 unter 5

das BStGB. eine entsprechende Vorschrift nicht enthält.

Nach diesen Erwägungen hat in Demjenigen, was wider die verehel. Tr. als erwiesen angesehen worden, eine Hinterziehung der Hülfsvollsteckung und überhaupt eine unter das Strafgesetz fallende Handlung nicht gefunden werden können, und es ist daher dieselbe

unter Cassation der vorausgegangenen verurtheilenden Entscheidungen straffrei zu sprechen gewesen.

Aus denselben Gründen ist aber auch die Verurtheilung des Mitangeklagten Tr. wegen zu von seiner Ehefrau begangener Hinterziehung der Hülfsvollstreckung geleisteter Beihülfe hinfällig geworden. Er hat nach dem, was thatsächlich festgestellt vorliegt, nicht zu einer fremden That Beihülfe geleistet, sondern selbstständig eine That beschlossen und ausgeführt, welche ihm gegenüber, da er in dem persönlichen Verhältnisse, welches das Strafgesetz voraussetzt, nicht gestanden hat, vom criminalrechtlichen Standpunkte aus straflos bleiben muß.

Annalen Bd. I, S. 525.

Auch er hat daher auf die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde unter Vernichtung der angefochtenen Straferkenntnisse straffrei gesprochen werden müssen.

50.

„Vorräthe von landwirthschaftlichen Erzeugnissen" im Sinne von §. 308 des RDStGB.'s.

Erk. vom 15. Mai 1871 no. 391|370.

Die Angeklagte hat, wie auf Grund ihrer Zugeständnisse und der sonstigen Ermittelungen für festgestellt zu erachten gewesen, eine in einer verschlossenen Kammer des Wohngebäudes ihres Dienstherrn, des Deconomen K., befindlich gewesene Quantität Werg, die ungefähr einen halben Centner betragen und in deren Nähe sich noch einige Kloben Flachs befunden, vermittelst eines durch eine in der Thür befindliche Spalte eingeführten Streichhölzchens in Brand gesetzt. Es ist jedoch hierdurch nur ein geringer Schaden verursacht worden, welcher sich nach den stattgefundenen gesetzlichen Erhebungen auf etwa einen Thaler an Werg und auf etwa zwei Thaler an Bestandtheilen des Gebäudes, welche von dem Feuer angegriffen worden, belaufen hat.

Die Absicht, das K.'sche Wohngebäude selbst in Brand zu stecken, ist dabei der Angeklagten nicht beigemessen, dagegen ist wider sie die Bestimmung in §. 308 des BStGB.'s, wonach Brandstiftung

auch an Vorräthen landwirthschaftlicher Erzeugnisse verübt werden kann, angewendet worden 2c.

Das OAG. ist nun hierbei zu der Ansicht gelangt, daß die gedachte, in einem Wohnungsraume aufbewahrte verhältnißmäßig geringe Quantität Werg und Flachs als ein „Vorrath landwirthschaftlicher Erzeugnisse“ im Sinne von §. 308 des BStGB.'s nicht anzusehen sei. Denn der Sprachgebrauch bezeichnet nicht jede beliebige noch so kleine Menge von Gegenständen irgend einer Art als Vorrath; ebensowenig werden in den Wohnungsräumen eines Gebäudes „landwirthschaftliche Producte“ vorausgesetzt. Es kann daher nicht füglich angenommen werden, daß der Gesetzgeber unter „Vorräthen landwirthschaftlicher Producte“ irgend eine kleine Quantität derselben verstanden habe, welche der Eigenthümer behufs des augenblicklichen Gebrauchs zur Hand zu haben wünscht.

Dennoch folgt aus der Nichtanwendung von §. 308 des BStGB.'s auf die Angeklagte im vorliegenden Falle nicht die Straffreisprechung der Letzteren. Vielmehr enthalten die festgestellten Thatsachen die Begriffsmerkmale einer andern strafbaren Handlung, nämlich der vorsätzlichen und rechtswidrigen Beschädigung einer fremden Sache, für welche auch der von dem Verletzten gestellte Strafantrag ausreicht. Es war mithin §. 303 des BStGB.'s wider die Angeschuldigte anzuwenden 2c.

51.

Ueber die Voraussetzung des §. 348 des NDStGB.'s, daß der Angeschuldigte ein zu Aufnahme öffentlicher Urkunden befugter Beamter gewesen.

Erk. vom 3. Juli 1871 no. 505|503.

Weiter ist in dem angefochtenen Erkenntnisse angenommen worden, daß sich Inculpat L., welcher bei dem GA. zu G. als Gerichtsdiener und Beifrohn in Pflicht stand, durch die nach dem 1. Januar 1871 an seine genannte Dienstbehörde erstatteten, constatirter Maßen wahrheitswidrigen Anzeigen über die Vornahme einer Auspfändung und über die erfolgte Behändigung einer amtlichen Verfügung an den Gerichtsältesten M. zweier nach §. 348

des BStGB.'s strafbarer falscher Beurkundungen schuldig gemacht habe; dieser Ansicht hat jedoch nicht beigetreten werden können, denn die §. 348 des BStGB.'s enthaltene Strafvorschrift bezieht sich keineswegs auf alle Beamte und auf alle von einem Beamten in seiner amtlichen Eigenschaft angefertigte Schriften, es leidet dieselbe vielmehr ihrem ganz klaren Wortlaute nach nur auf solche Beamte Anwendung, die zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt sind, und innerhalb dieser ihrer Zuständigkeit rechtlich erhebliche Thatsachen falsch beurkunden und wie nun ein Beifrohn überhaupt denjenigen Beamten, die zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt sind, nicht beigezählt werden kann, so können auch die von einem Beifrohn oder einem Gerichtsdiener über die bewirkte Ausführung eines ihm zu Vornahme irgend einer amtlichen Handlung vom Gerichte ertheilten Auftrags erstatteten Relationen, auch wenn sie nicht mündlich, sondern schriftlich erfolgen, nicht für öffentliche Urkunden im Sinne des Gesetzes gelten.

52.

Zur Feststellung des Begriffs „zum Zwecke erleichterten Fortkommens“ (§. 363 des NDStGB.'s) gegenüber der in §. 268 (270) des NDStGB.'s enthaltenen Voraussetzung eines beabsichtigten „Vermögensvortheils.“

Erk. vom 2. Juni 1871 no. 424/409.

Das Verweisungserkenntniß, durch welches M. wegen nach §. 268² verb. §. 270 des NDStGB.'s zu beurtheilender Urkundenfälschung zur Hauptverhandlung verwiesen wird, bezeichnet als die Handlung, deren der genannte Angeschuldigte bezüchtigt werde, daß derselbe von der, den Acten unter der Bezeichnung A vorgehefteten, von ihm selbst oder auf seine Veranlassung von einem Dritten, um ihm bei einer Reise nach Frankreich als Legitimation zu dienen, fälschlich angefertigten öffentlichen Urkunde zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch gemacht habe, in deren Folge ihm vom Bahnhofsinspector zu Riesa die den aus Frankreich ausgewiesenen Deutschen verwilligte unentgeldliche Beförderung auf der Leipzig-

Dresdner Eisenbahn für die Fahrt von Riesa nach Leipzig gewährt worden sei.

Während nun bezüglich des in solcher Weise erfolgten Gebrauchmachens von der gefälschten Urkunde das Verweisungserkenntniß annimmt, der Angeklagte habe damit, wie §. 268 und ebenso §. 270 des BStGB.'s erfordert, sich einen Vermögensvortheil verschafft, will der Staatsanwalt dasselbe nur als eine zum Zwecke des bessern Fortkommens im Sinne von §. 363 unternommene, nach §. 14 der Ausführungsverordnung vom 10. Dec. 1870 der Ahndung durch die zuständige Verwaltungsbehörde anheimfallende Täuschung angesehen wissen.

Das OAG., dessen Entscheidung die bezüglich der rechtlichen Beurtheilung des vorliegenden Falles obwaltende Meinungsverschiedenheit mittelst vom Staatsanwalte zu Gunsten des Angeklagten gegen das Verweisungserkenntniß erhobene Nichtigkeitsbeschwerde unterstellt worden ist, hat nach den folgenden Erwägungen die Ansicht des BG.'s gerechtfertigt und den dagegen vom Staatsanwalte erhobenen Einwand nicht begründet befunden.

Die in §. 363 gebrauchten Worte: „zum Zwecke seines besseren Fortkommens" sind, wie aus dem ganzen Zusammenhange, namentlich aus der Bezugnahme auf Pässe, Militärabschiede, Wanderbücher oder sonstige Legitimationspapiere, Dienst- oder Arbeitsbücher oder sonstige auf Grund besonderer Vorschriften auszustellende Zeugnisse, sowie Führungs- oder Fähigkeitszeugnisse sich ergiebt, von demjenigen Fortkommen im bürgerlichen Leben zu verstehen, zu welchem Jemand unter Umständen eines Ausweises über seine persönlichen Verhältnisse, oder über seine Befähigung zu gewissen Dienstleistungen bedarf. Keineswegs kann daher dem Staatsanwalte darin beigestimmt werden, wenn derselbe Bl. unter a im Anschlusse an jene Worte geltend macht, der Angeschuldigte, als ein auf einem Bettelzuge begriffener Vagabond habe durch die unternommene Täuschung nur eine raschere, ihn zugleich gegen Entdeckung von Seiten der Polizei sichernde Förderung seines Reisezweckes, und somit subjectiv und objectiv ein besseres Fortkommen im Sinne von §. 363 erlangt. Das würde der Fall gewesen sein, wenn der Angeklagte gegen einen der in der Regel an den Bahnhöfen

stationirten Polizeibeamten, um nicht an der Weiterreise behindert zu werden, durch die gefälschte Urkunde sich legitimirt hätte.

Um von Seiten der Eisenbahnverwaltung zur Beförderung mittelst der Eisenbahn zugelassen zu werden, bedurfte es einer solchen persönlichen Legitimation nicht, wohl aber der Erlegung des tarifmäßigen Fahrgeldes, als einer vertragsmäßigen Leistung, gegen welche die Eisenbahnverwaltung nach dem gewöhnlichen Geschäftsgange als Gegenleistung die Beförderung auf der betreffenden Bahnstrecke zu gewähren hatte. Auf zu Erlangung solcher besonderer vertragsmäßiger Leistung unternommene Täuschungen, zu denen ebenmäßig alle solche zu rechnen sein würden, durch welche ein Mensch in der Lage des Angeklagten zu Erleichterung seines unangefochtenen Weiterkommens z. B. baare Darlehne, käufliche Ueberlassung von Kleidungsstücken oder Gewährung von Wohnung und Beköstigung auf Credit erlangt hätte, leiden offenbar die in §. 363 gebrauchten Worte: „zum Zwecke besseren Fortkommens" keine Anwendung.

Dieselben Erwägungen rechtfertigen aber auch weiter die Annahme, daß der Angeklagte vielmehr, wie §. 268 und §. 270 des BStGB.'s erfordert, durch die mittelst einer gefälschten öffentlichen Urkunde ausgeführte Täuschung sich einen Vermögensvortheil verschafft habe. Der dagegen vom Staatsanwalte Bl. unter b erhobene Einwand wird darauf gegründet, daß der Angeklagte bei der fraglichen Gelegenheit nur eine zur Bezahlung der Fahrt von Riesa nach L. nicht ausreichende Baarschaft von — 11 Ngr. — besessen, und daß durch die unternommene Täuschung diese Baarschaft keinen Zuwachs erhalten, der Angeklagte vielmehr nur, und zwar in Folge eines Actes der Mildthätigkeit die mit einer freien Fahrt verbundenen Vortheile und Annehmlichkeiten erlangt habe. Dieser Einwand beruht offenbar auf einer zu engen Auffassung des Begriffes Vermögensvortheil. Ein solcher wird keineswegs ausschließlich durch eine positive Vermehrung des vorhandenen Vermögens, sondern ebenso auch dadurch erlangt, daß Jemand einer übernommenen Zahlungsverbindlichkeit ledig wird, oder — was dem gleichsteht — irgend einen von einer pecuniären Gegenleistung abhängigen Vortheil unentgeldlich erlangt.

Der letztere Fall liegt hier jedenfalls vor; die Beförderung der Reisenden mittelst der Eisenbahn beruht nach dem gewöhnlichen Verkehre auf einem zweiseitigen Vertrage, nach welchem der Reisende ein durch eine bestimmte Taxe festgesetztes Fahrgeld zu entrichten und dagegen die Bahnverwaltung ihn auf der betreffenden Bahnstrecke zu befördern hat. Nur den aus Frankreich ausgewiesenen Deutschen war zu der hier fraglichen Zeit auf der Leipzig-Dresdner Eisenbahn freie Fahrt bewilligt. Für den nur erst aus dem Zuchthause zu J. entlassenen Angeklagten bestand diese Befreiung nicht, vielmehr konnte er, ohne das Auskunftsmittel einer Täuschung, die Beförderung auf der Eisenbahn nur gegen Zahlung des tarifmäßigen Fahrgeldes, also gegen eine in einer Geldzahlung bestehende Gegenleistung erlangen. Diese war es, welcher er durch die unternommene Täuschung sich entzog, und eben dadurch erlangte er bereits einen Vermögensvortheil im obigen Sinne des Gesetzes.

Da §. 268 des BStGB.'s die Absicht, sich oder einem Andern einen Vermögensvortheil zu verschaffen, oder einem Andern Schaden zuzufügen, alternativ gegenüberstellt, hat es zu Rechtfertigung des Verweisungserkenntnisses eines Mehreren, als des Nachweises der ersteren Absicht, nicht bedurft; da jedoch der Staatsanwalt Bl. unter a auch noch nachzuweisen versucht hat, daß auch nicht etwa durch die von dem Angeklagten vollführte Täuschung der Leipzig-Dresdner Eisenbahn-Compagnie ein Schaden zugefügt worden sei, so mag noch kürzlich darauf hingewiesen werden, daß nach Obigem allerdings ein solcher der Eisenbahngesellschaft erwachsener Schaden schon darin gefunden werden muß, daß dieselbe in Folge erlittener Täuschung dem Angeklagten eine Leistung, welche sie außerdem nur gegen Zahlung gewährt haben würde, unentgeldlich hat zukommen lassen.

Ob dabei der Gesellschaft ein positiver Schaden zugefügt, oder nur ein Geschäftsgewinn entzogen worden ist, kommt für die rechtliche Beurtheilung nicht in Betracht. Eine Schädigung der Gesellschaft bestand schon darin, daß ihre auf Erwerb berechnete Thätigkeit widerrechtlich auf eine dem Zwecke des Erwerbes widerstreitende Weise ausgenutzt wurde.

53.

Modification der in den Annalen N. F. Band V, S. 544 flg. vertretenen Ansicht, daß das unbefugte Auflesen und Sammeln abgefallener Eicheln als ein Sammeln von „Holzsämereien" im Sinne des Art. 3 des Forststrafgesetzes vom 11. August 1855 (Art. 2 der Forststrafverordnung vom 10. Dec. 1870) nicht angesehen werden könne.

Erk. vom 16. Juni 1871 no. 467/463.

Von den zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde vorgebrachten Beschwerden ist zunächst der Einwand VI. ins Auge zu fassen gewesen, weil damit unter Berufung darauf, daß das Einsammeln abgefallener Eicheln in fremder Waldung überhaupt nicht strafbar, deshalb aber auch das Einschreiten des betreffenden Forstbeamten kein berechtigtes gewesen sei, Cassation des gesammten Straferkenntnisses und völlige Straffreisprechung der Angeklagten bezweckt wird, demnach durch eine hierunter der Absicht der Remedenten entsprechende Entscheidung die übrigen Beschwerden sich erledigen würden.

Nun hat allerdings das OAG. durch Erkenntniß vom 21. Mai 1869,

Annalen N. F. Bd. V, S. 544 flg.,
Allg. Ger.=Zeit. Bd. XIII, S. 308 flg.,

in einem Falle, wo zunächst die Frage, ob wegen solcher Handlungen, die an sich als Forstvergehen zu betrachten, in dem Forststrafgesetze vom 11. August 1855 aber ungeahndet gelassen sind, unter Anwendung von Art. 281 und 272 flg. des RStGB.'s auf die Strafvorschriften wegen gemeinen Diebstahls zurückgegangen werden dürfe, seiner Entscheidung unterstellt war, indem diese Frage verneint wurde, auch der damals schon von der vorigen Instanz ausgesprochenen Ansicht, daß das unbefugte Auflesen und Sammeln abgefallener Eicheln zu den in den Art. 1, 2 und 3 des angezogenen Gesetzes erwähnten Entwendungen nicht gehöre, beigestimmt.

Wie aber gegen diesen Ausspruch schon von dem BG. L. und

in den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Erkenntnisses sehr beachtenswerthe Einwendungen erhoben worden sind, so hat auch das OAG. selbst bei nochmaliger Prüfung der einschlagenden Frage Bedenken getragen, den aufgestellten Grundsatz in seinem vollen Umfange und namentlich insoweit aufrecht zu erhalten, als dabei davon ausgegangen worden ist, abgefallene, am Boden liegende Eicheln könnten als Gegenstand eines Forstdiebstahls und namentlich als Holzsämereien im Sinne von Art. 3 des Forststrafgesetzes vom 11. August 1855 — welcher Art. auch, soweit seine Vorschriften hier in Frage kommen, in die neue Verordnung vom 10. December 1870 als Art. 2 wirklich übergegangen ist — überhaupt nicht angesehen werden. Die Eichel, als Frucht des Eichbaumes, trägt nämlich, wie allgemein bekannt ist, den zur Fortpflanzung der gedachten Baumart erforderlichen Keim in sich und dient deshalb, wenn sie die erforderliche Reife und Keimfähigkeit erlangt hat, in den Waldboden gelangt oder gebracht, zur Hervorbringung junger Eichenpflanzen, fällt also in dem gedachten Zustande allerdings unter den Begriff der Holzsämereien. Sie verliert auch diese Eigenschaft nicht etwa durch das Abfallen vom Baume, vielmehr erfolgt dasselbe gerade am häufigsten in Folge der eingetretenen Reife. Dieselbe Frucht findet aber auch schon vor erlangter Reife und Keimfähigkeit häufig Verwendung als Viehfutter oder zu gewerblichen Zwecken. In dem letzteren Umstande hat jedenfalls, wie auch die schon Bl. ausführlich referirte Entstehungsgeschichte des fraglichen Artikels bestätigt, der Grund gelegen, weshalb man in dem bloßen Bezeichnen des Sammelns von Holzsämereien als eines Forstvergehens keinen, allenthalben genügenden Schutz der Bäume gegen das ihnen besonders schädliche Eichel- und Bucheckerschlagen, soweit solches auch schon vor eingetretener Reife der Eicheln und Buchecken vorgenommen zu werden pflegt, gefunden, vielmehr dieses Abschlagen von Eicheln oder Buchecken neben dem Sammeln von Holzsämereien noch besonders für strafbar erklärt hat.

Hieraus muß nun, wie man, theilweise abweichend von der früher ausgesprochenen Ansicht, sich überzeugt hat, gefolgert werden, daß das besondere Erwähnen des Eichel- und Bucheckerschlagens in

Art. 3 des älteren und Art. 2 des neuen Forststrafgesetzes die Unterstellung des Einsammelns abgefallener Eicheln, welche im keimfähigen Zustande sich befinden, unter den Begriff des Sammelns von Holzsämereien keineswegs ausschließt, daß vielmehr dadurch das mittelst Abschlagens ausgeführte Gewinnen von Eicheln oder Bucheckern auch in den Fällen habe getroffen werden sollen, wo diesen Früchten die Eigenschaft von Holzsämereien nicht beigewohnt hat.

Lediglich um diese Eigenschaft und nicht um den besonderen Zweck der Zueignung handelt es sich aber auch bei Beantwortung der Frage, ob das unbefugte Einsammeln von Eicheln 2c. in fremder Waldung als Sammeln von Holzsämereien zu gelten habe. Denn sobald diese Eigenschaft objectiv vorhanden ist, kann darauf etwas nicht ankommen, welchen Gebrauch der Einsammelnde von den gewonnenen Sämereien etwa hat machen wollen. Im vorliegenden Falle sind nun in den Entscheidungsgründen die von den beiden Angeklagten gesammelten Eicheln unter Hinweis darauf, daß das Einsammeln in der Mitte des Monats October stattgefunden, als eine Frucht, welche Holzsamen enthalten habe, ausdrücklich bezeichnet, und es ist daher auch in dieser Richtung der Ausspruch, daß die beiden Angeklagten des unter Art. 3 des ältern und Art. 2 des neuen Forststrafgesetzes fallenden Einsammelns von Holzsämereien sich schuldig gemacht haben, durch thatsächliche Feststellung der erforderlichen Eigenschaft der gesammelten Eicheln genügend gerechtfertigt.

54.

Die einem Thierarzte zur Last fallende Verletzung der generellen Vorschrift in §. 4 des Bundesgesetzes „Maßregeln gegen die Rinderpest betreffend" vom 7. April 1869 ist nach den speciellen Strafvorschriften des Sächsischen Gesetzes „die Verhütung und Tilgung der Rinderpest 2c. betreffend" vom 30. April 1868 §. 13 jct. §. 9 zu ahnden.

Erk. vom 17. Juli 1871 no. 525/525.

Das OAG. hat die von dem Staatsanwalte gegen das zweit-

instanzliche straffreisprechende Erkenntniß des Bezirksgerichts vorgebrachten Einwendungen insoweit, als diesem Erkenntnisse die Rechtsansicht unterliegt, daß die §. 13 jct. §. 9a des die Verhütung und Tilgung der Rinderpest betreffenden Sächs. Gesetzes vom 30. April 1868 enthaltenen, in dem erstgerichtlichen Erkenntnisse gegen den Thierarzt V. zur Anwendung gebrachten Strafbestimmungen durch das spätere denselben Gegenstand betreffende Bundesgesetz vom 7. April 1869 aufgehoben worden seien und daß es daher an einer Strafvorschrift für das Zuwiderhandeln eines Thierarztes gegen die §. 4 des Bundesgesetzes in Uebereinstimmung mit §. 4 des erwähnten Landesgesetzes ertheilte allgemeine Vorschrift, nach welcher ein Jeder, der zuverlässige Kunde davon erlangt hat, daß ein Stück Vieh an der Rinderpest krank oder gefallen, oder daß auch nur der Verdacht einer solchen Krankheit vorliegt, deshalb der Ortspolizeibehörde sofortige Anzeige erstatten soll, zur Zeit gebreche, für begründet erachten müssen, denn das Gesetz vom 30. April 1868 ist durch das spätere Bundesgesetz weder ausdrücklich aufgehoben, noch in Folge des allgemeinen sowohl in Artikel 2 der Verfassung des Nordd. Bundes, als auch im Artikel 2 der Verfassung des Deutschen Reichs gleichmäßig ausgesprochenen Grundsatzes, daß die Bundesgesetze (Reichsgesetze) den Landesgesetzen vorgehen, ohne Weiteres und in seinem ganzen Umfange stillschweigend außer Kraft gesetzt worden; es kann der nurgedachte Grundsatz vielmehr nur denjenigen Bestimmungen des älteren Gesetzes gegenüber zur Geltung gelangen, und seine Wirkung äußern, die durch das Bundesgesetz völlig erledigt oder beseitigt worden, oder mit den Vorschriften desselben im Widerspruche sich befinden und überhaupt neben denselben nicht füglich fortbestehen können; der ferneren Anwendung der hier allein in Frage kommenden Strafbestimmungen des Gesetzes vom 30. April 1868 steht jedoch das Bundesgesetz vom 7. April 1869 insoweit, als dieselben auf Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften gerichtet sind, die durch das Bundesgesetz nicht in Wegfall gebracht, sondern in dasselbe ausdrücklich mit aufgenommen worden, und die also nach wie vor zu befolgen sind, schon deshalb nicht entgegen, weil dasselbe gar keine Strafandrohungen enthält, sondern nach §. 7 dem Einzelstaate überlassen hat, die

näheren Bestimmungen über die Bestrafung der Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz zu treffen, diese Bestrafung mithin gar nicht Gegenstand des Gesetzes gewesen ist; rücksichtlich derjenigen im Landesgesetze vom 30. April 1868 bereits getroffenen Strafbestimmungen, die dem Vorstehenden nach durch das Bundesgesetz nicht aufgehoben worden, bedurfte es auch nach dem Erscheinen des letzteren zu ihrer ferneren Gültigkeit nicht erst noch besonderer gesetzlicher Anordnungen nach §. 7 des Bundesgesetzes.

Zu den Strafbestimmungen der vorerwähnten Art gehört jedenfalls auch die §. 13 jct. §. 9a des Gesetzes vom 30. April 1868 ertheilte, denn dieselbe betrifft keineswegs, wie das BG. anzunehmen scheint, die Verletzung einer speciellen lediglich auf die Thierärzte zu beziehenden und in das Bundesgesetz nicht mit aufgenommenen Vorschrift, sondern spricht nur aus, daß ein Thierarzt, welcher der schon nach §. 4 des in Rede stehenden Landesgesetzes und jetzt in ganz gleicher Weise nach §. 4 des Bundesgesetzes einem Jeden und sonach auch ihm obliegenden Verbindlichkeit zur sofortigen Anzeigeerstattung in den dabei angegebenen Fällen zuwiderhandelt, mindestens mit drei Monaten Gefängniß bestraft werden soll; und da das Bundesgesetz, wie bereits erwähnt worden, sich auf die Bestrafung von Contraventionen nicht erstreckt und gar keine Strafbestimmungen enthält, hiernach aber auch aus der Allgemeinheit der §. 4 enthaltenen Vorschrift offenbar nicht gefolgert werden kann, daß auch bei der den Landesgesetzen überlassenen Bestrafung der Zuwiderhandlungen gegen dieselben kein Unterschied zwischen den Contravenienten gemacht und die Strafe nicht hiernach und nach Verschiedenheit der Fälle verschieden bemessen und abgestuft werden könne, so stellt sich die Ansicht des BG.'s, daß die specielle Strafvorschrift §. 13 jct. §. 9 des Gesetzes vom 30. April 1868 auf eine Verletzung der generellen Vorschrift §. 4 des Bundesgesetzes nicht angewendet werden könne, als unrichtig dar.

Strafprozeßrecht.

12.

Die Verletzung der Vorschrift des Art. 31, Abs. 2 der RStPO. begründet keine Nichtigkeit des Verfahrens.

Erk. vom 27. Januar 1871 no. 58/50.

Der Privatankläger hat die stattgefundene Verletzung der Vorschrift in Art. 31, Abs. 2 der RStPO., nach welcher, wenn der Antrag auf Einleitung der Untersuchung von dem Privatankläger schriftlich gestellt wird, dieser sich zu demselben gerichtlich bekennen soll, als eine Nichtigkeit des Verfahrens (Art. 349 I verb. Art. 377 der RStPO.) bezeichnen wollen. Eine solche würde aber — da das gerichtliche Anerkenntniß des schriftlich gestellten Antrags bei Strafe der Nichtigkeit nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist — nur vorhanden sein, wenn die verletzte Vorschrift für eine wesentliche zu achten wäre.

Das ist aber nicht der Fall.

Denn wenn auch nicht bezweifelt werden mag, daß diese zunächst das Vorgehen des Privatanklägers betreffende Vorschrift zugleich für den Richter die Anweisung enthält, den Privatankläger, welcher versäumt hat, zu dem schriftlich eingereichten Antrage sich zu bekennen, zunächst dazu noch anzuhalten, so ist doch diese Anweisung nur ertheilt, um sogleich von Hause aus das Vorhandensein des Antrags festzustellen, es ist aber keineswegs ausgeschlossen, daß solches in anderer Weise ebenfalls genügend geschehe. Sie schreibt nicht eine besondere Form des Verfahrens vor, sondern betrifft die materielle Beweisaufnahme und es können aus ihrer Nichtbeachtung lediglich in dieser, der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angehörenden Richtung Einwendungen hergeleitet werden.

Am wenigsten aber kann in einem Falle wie der vorliegende, wo von dem Richter die schriftliche, mit dem Namen des Privatanklägers unterzeichnete Anzeige für genügend glaubhaft erachtet worden ist, um auf Grund derselben eine Strafverfügung zu erlassen, und wo der Privatangeklagte bei dieser Verfügung sich be-

ruhigt hat, von Verletzung einer für wesentlich zu achtenden Form des Verfahrens zum Nachtheile des Privatanklägers die Rede sein.

13.

Die Bezeichnung des fraglichen Delicts im Untersuchungseinleitungsbeschlusse ist für den erkennenden Richter nicht bindend. (Art. 115b resp. Art. 358 der RStPO.)

Erk. vom 13. Januar 1871 no. 10/16.

Es existirt keine gesetzliche Vorschrift darüber, daß der in der Sache selbst schlüßlich erkennende Richter in Betreff der rechtlichen Beurtheilung des Falles an die Ansicht des Untersuchungsbeschlusses gebunden sei; ja es würde eine solche Vorschrift geradehin rechtlich undenkbar sein, da selbstverständlich erst nach Beendigung der Erörterungen und vollständiger Feststellung des Sachstandes beurtheilt werden kann, welchem Strafgesetze die in Frage befindliche Handlung zu unterstellen sei. Demgemäß findet sich auch in Art. 297 der RStPO. die ausdrückliche Bestimmung, daß — in den zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte gehörigen Untersuchungen — das erkennende Gericht hierbei zwar an die in dem Verweisungserkenntnisse angeführten und in der Hauptverhandlung zum Gegenstande der Beweisaufnahme gemachten Thatsachen, nicht aber an die rechtliche Beurtheilung der dem Angeklagten beigemessenen strafbaren Handlungen, von welchen das Verweisungserkenntniß oder die demselben etwa zu Grunde liegende Ansicht des OAG.'s oder die Staatsanwaltschaft bei ihren Anträgen ausgegangen ist, gebunden sei.

14.

Dafern einem Straferkenntnisse besondere Entscheidungsgründe beigegeben wurden, sind Erkenntniß und Rationen den Vorschriften in Art 304 sub 2 der RStPO. und in §. 62 der Ausführ.-Verordn. vom 31. Juli 1856 gegenüber als ein Ganzes anzusehen. — Ueber die Grenzen, innerhalb deren die Gerichtsschöf-

fen bei einer solchen Aburtheilung mitzuwirken haben (§§. 27 flg. des Gesetzes vom 1. Oct. 1868).

Erk. vom 9. Juni 1871 no. 429/429.

Der Vertheidiger vermißt in dem dispositiven Theile des angefochtenen Erkenntnisses a) die in Art. 304 sub 2 der RStPO. vorgeschriebene Angabe der Gesetze, auf welche die erkannte Bestrafung begründet worden, b) die in §. 62 der Ausführungsverordnung zum StGB. vorgeschriebene Bezeichnung der für das schwerste der betreffenden Vergehen ausgeworfenen Einsatzstrafe, sowie c) eine thatsächliche Feststellung der wider den Angeklagten als erwiesen angesehenen strafbaren Handlungen, und erachtet demzufolge die zu a und b gedachten gesetzlichen Vorschriften, sowie zu c die Bestimmungen in §. 27 des Gesetzes vom 1. October 1868, die Wahl von Gerichtsschöffen und die Mitwirkung derselben bei der Verhandlung und Aburtheilung der bezirksgerichtlichen Strafsachen betr., in Verbindung mit §. 55 des obangezogenen Gesetzes von demselben Tage, für verletzt 2c.

Die Unhaltbarkeit dieser drei Nichtigkeitsgründe ergiebt sich ohne Weiteres mit Hinblick auf den vom OAG. schon wiederholt ausgesprochenen Rechtsgrundsatz, daß auch dann, wenn einem verurtheilenden oder freisprechenden Erkenntnisse Entscheidungsgründe nicht einverleibt, vielmehr solchem besonders beigegeben worden, gleichviel ob letztere mit dem dispositiven, d. i. den Endausspruch des Gerichts selbst enthaltenden Theile gleichzeitig zur Publication gelangen, oder, wie dies in Art. 308 Abs. 3 der RStPO. nachgelassen wird, in einer besonderen späteren Sitzung bekannt gemacht werden, jener Theil mit den Entscheidungsgründen zusammen nur ein einziges Ganze, das eigentliche Erkenntniß bildet, demzufolge den bezüglichen gesetzlichen Vorschriften vollständig genügt wird, wenn die Angabe der Gesetze in deren Gemäßheit eine Bestrafung ausgesprochen wird, nur noch in den Entscheidungsgründen erfolgt, welchenfalls selbstverständlich, wie in vorliegender Sache auch geschehen, mit Vorlesung der betreffenden Gesetzesstellen erst bei Bekanntmachung der Entscheidungsgründe verfahren werden kann. Daß aber, wenn einem Erkenntnisse separate Entscheidungsgründe bei-

gegeben werden, die Feststellung der thatsächlichen Momente in Betreff der dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren Handlungen überhaupt gar nicht in den dispositiven Theil des Erkenntnisses gehört, vielmehr diese thatsächlichen Feststellungen, eben weil durch solche das Erkenntniß selbst, der Strafausspruch und die Bemessung der Strafe, erst begründet werden soll, lediglich in den Entscheidungsgründen zu erfolgen haben, da außerdem eine, wenn nicht geradehin unzulässige, doch mindestens nicht zu billigende, das Verständniß erschwerende und unzweckmäßige, demgemäß ungehörige Spaltung der Entscheidungsgründe verhangen werden würde, ist zweifellos, und ebensowenig hat man endlich dem Vertheidiger beipflichten können, wenn derselbe die Meinung ausspricht, jedenfalls seien die betreffenden Bestimmungen der RStPO. durch das inzwischen zur Geltung gelangte Gesetz vom 1. October 1868 über die Mitwirkung von Gerichtsschöffen bei der Verhandlung und Aburtheilung bezirksgerichtlicher Strafsachen dahin abgeändert worden, daß nunmehr der decisive Theil des Erkenntnisses, bei welchem allein eine Mitwirkung der Gerichtsschöffen stattfinde, die Angabe der bezüglichen Gesetzesstellen, die Auswerfung einer Einsatzstrafe bei concurrirenden Verbrechen, endlich die thatsächlichen Verbrechenshandlungen, nicht blos Begriffsbestimmungen, enthalten müsse.

Im Gegentheil enthält dieses Gesetz im Betreff der vom Vertheidiger angeregten Frage nicht nur durchaus keine, das frühere Recht abändernde Bestimmungen, sondern schreibt in §. 28 flg. sogar sehr bestimmt vor, inwieweit die zur Hauptverhandlung zugezogenen Gerichtsschöffen auch an der dieser folgenden Berathung und Beschlußfassung Theil zu nehmen haben, indem insbesondere in §. 29 ausdrücklich die Entscheidung darüber, welche strafgesetzlichen Bestimmungen auf die durch gemeinschaftliche Beschlußfassung bewirkten thatsächlichen Feststellungen anzuwenden seien, dem Richter selbst vorbehalten, nicht minder in §. 30 erklärt wird, daß die Abfassung des Erkenntnisses und der Entscheidungsgründe lediglich durch das Gericht zu erfolgen habe. Am wenigsten würde aber, wie der Vertheidiger meint, die Ansicht desselben durch die Bestimmung in §. 27 desselben Gesetzes sich begründen lassen. Denn gerade schon die in letzterem enthaltene Verweisung auf §. 55 des

Gesetzes vom 1. October 1868, das Verfahren in den vor die Geschwornen verwiesenen Untersuchungssachen betreffend, würde zweifellos erkennen lassen, daß den Gerichtsschöffen bezüglich ihrer Theilnahme an der Berathung und Beschlußfassung irgendwie umfassendere Befugnisse nicht zustehen sollen, als den Geschwornen, welche Letztere aber eben nur die Schuldfrage zu beantworten — vergl. §. 54 flg., §. 66 dieses Gesetzes —, und in keinem Falle über die Strafgesetze, denen die für erwiesen angesehenen Thatsachen zu unterstellen seien, sich auszusprechen haben, wenn dies auch nicht, wie die Wortfassung zeigt, in §. 27 noch ganz ausdrücklich vorgeschrieben worden wäre.

15.

Dafern die Einspruchsinstanz ausgesprochen hat, daß durch ihre Entscheidung die gleichzeitig eingewendet gewesene Nichtigkeitsbeschwerde sich nicht erledigt habe (Art. 378c der RStPO.), liegt Ersterer und nicht dem Untersuchungsgerichte die Anzeigeerstattung über dieses Rechtsmittel zum Oberappellationsgerichte ob.

Inserat zum Erk. vom 13. Januar 1871 no. 11/11.

Uebrigens hat das OAG. nicht für angemessen und den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen gegenüber gerechtfertigt befinden können, daß das BG. zu A. der Anzeige der von den Privatangeklagten eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerde an das OAG. sich nicht selbst unterzogen, sondern diese Anzeigeerstattung dem GA. A. überlassen hat. Denn wenn es im Allgemeinen keinem Zweifel unterliegt, daß die Anzeigeerstattung auf eingewendete Rechtsmittel demjenigen Gerichte obliegt, gegen dessen Entscheidung dieselben gerichtet sind, so tritt doch in dem Falle, wenn gegen einen einzelnen Bescheid gleichzeitig eine Nichtigkeitsbeschwerde und ein Einspruch eingewendet worden ist, die besondere Vorschrift in Art. 378a der RStPO. ein, wonach der Einzelrichter beide Rechtsmittel dem BG. anzuzeigen hat.

Es ist daher die diesfallsige Thätigkeit des Einzelrichters mit dieser Anzeige um so gewisser als abgeschlossen zu betrachten, als

derselbe schon vor der Anzeige die Frage, ob die eingewendeten Rechtsmittel oder eines derselben versäumt, beziehentlich unzulässig sei, seiner Prüfung zu unterziehen und bei befundener Unzulässigkeit oder Versäumniß die Anzeigeerstattung zu versagen hat.

Annalen des OAG.'s Bd. VIII, S. 459.

Hiernach bringt es schon die Natur der Sache mit sich, daß, sobald der Einzelrichter beide Rechtsmittel dem BG. angezeigt hat, die in Ansehung der mit eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerde je nach Verschiedenheit der Fälle sich nöthig machenden Anzeigen an das OAG. jedesmal und daher auch dann von dem BG. unmittelbar zu bewirken sind, wenn dasselbe, wie in dem vorliegenden Falle, vorerst über den Einspruch zu entscheiden für zweckmäßig befunden, durch diese Entscheidung aber die Nichtigkeitsbeschwerde sich nicht erledigt hat. Dazu kommt, daß dies der zweite Absatz des Art. 378b der RStPO. für den ganz analogen Fall, wenn die vorerstige Entscheidung des BG.'s über den Einspruch nicht aus eigener Entschließung des letzteren, sondern auf Anordnung des OAG.'s erfolgt und durch diese Entscheidung die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Erledigung gekommen ist, ausdrücklich vorschreibt. Es würden überdem, wenn in dem ersteren, hier vorliegenden Falle die Anzeige nicht durch das BG., sondern durch das GA. zu erstatten wäre, hierdurch nur zwecklose Weitläufigkeiten und unnütze Kostenvermehrungen herbeigeführt werden, welche namentlich dann sich fühlbar machen würden, wenn BG. und GA., wie in der Regel der Fall, an verschiedenen Orten ihren Sitz haben.

16.

Der unter der Herrschaft der Alten StPO. wiederholt ausgesprochene Satz, daß die Einspruchsinstanz unbehindert sei, die erstinstanzliche Verurtheilung des remedirenden Angeklagten auf Grund neuer thatsächlicher Feststellungen zu bestätigen, behält auch der Revidirten StPO. (Art. 379, Abs. 3) gegenüber seine Gültigkeit.

Erk. vom 9. Juni 1871 no. 442|435.

Für die gegenwärtige Entscheidung ist der gegen die Zulässig-

keit neuer thatsächlicher Feststellungen in dem zweitinstanzlichen Erkenntnisse erhobene Einwand als präjudiciell ins Auge zu fassen gewesen. Der Privatangeklagte hat die Gesetzesvorschrift, auf welche er diesen Einwand gründen will, nicht näher bezeichnet, jedenfalls hat er aber dabei die im 3. Absatze des 379. Artikels der RStPO. enthaltene Bestimmung im Sinne gehabt, daß das BG. das Erkenntniß erster Instanz zum Nachtheile des Angeschuldigten nur auf Einspruch des Staatsanwalts — in Privatanklagesachen des Anklägers — abändern könne. Nun hat schon unter der Herrschaft der StPO. vom 11. August 1855 der oberste Gerichtshof wiederholt ausgesprochen, daß durch die Bestimmung in §. 379, Abs. 3 dieses Gesetzes das BG. nicht behindert sei, in Einzelrichtersachen auf den Einspruch des Angeklagten ein verurtheilendes Erkenntniß erster Instanz auf Grund neuer thatsächlicher Feststellungen zu bestätigen.
  Allg. Ger.-Zeitung Bd. VIII, S. 36 flg.
  Annalen N. F. Bd. I, S. 16.
Diese Ansicht hat aber auch in der auf gegenwärtigen Fall Anwendung leidenden RStPO. noch besondere Bestätigung gefunden.

Dieses neuere Gesetz hat nämlich in Art. 338b die Tragweite des Rechtsmittels der Berufung, welche nach Art. 338 des älteren Gesetzes auch auf die Beweisfrage sich erstreckte, dahin beschränkt, daß (Abs. 1) dieses Rechtsmittel nur auf die Behauptung gestützt werden könne, daß die erkannte Strafe innerhalb des in dem angewendeten Gesetze nachgelassenen Strafmaßes gegenüber der Verschuldung des Verurtheilten zu hoch gegriffen sei, daß aber (Abs. 2) das OAG. bei seiner Entscheidung auch die dem erstgerichtlichen Erkenntnisse unterliegende Rechtsansicht seiner Prüfung zu unterwerfen habe, daß dasselbe jedoch (Abs. 3) bei seiner Entscheidung in jedem Falle an die thatsächlichen Feststellungen des erstgerichtlichen Erkenntnisses gebunden sei und daher die Beweisaufnahme und die Ergebnisse derselben einer Prüfung nicht unterwerfen dürfe.

Wenn nun ferner Art. 379, Abs. 3 der RStPO. im Anschlusse an die Bestimmung, daß das BG. das Erkenntniß erster Instanz zum Nachtheile des Angeschuldigten nur auf Einspruch des Staatsanwalts abändern dürfe, die Vorschrift in Art. 338b, Abs. 2 für in solchem Falle ebenfalls anwendbar erklärt, der beschränken-

den Bestimmung in Abs. 3 desselben Artikels aber nicht in gleicher Weise Erwähnung thut; so folgt daraus noch besonders, daß auch in der gedachten Beziehung der auf eingewendeten Einspruch erkennende Richter, ebenso, wie er nach Art. 382, Abs. 3 sogar von Rechtswegen eine neue Beweisaufnahme vornehmen kann, auch bezüglich der Prüfung der Ergebnisse der schon in erster Instanz stattgefundenen Beweisaufnahme, also der daraus herzuleitenden factischen Folgerungen, in der in Art. 338 b, Abs. 3 angegebenen Maße nicht beschränkt sein soll, daß vielmehr der an die Spitze des 3. Absatzes von Art. 379 gestellte Grundsatz nur in dem Sinne aufzufassen ist, daß dergleichen neue thatsächliche Feststellungen bei der Entscheidung auf nur von dem Angeklagten eingewendeten Einspruch zu dessen Nachtheile niemals weiter, als zu Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses führen können.

Nach diesen Erwägungen ist die vorliegende Richtigkeitsbeschwerde in ihrer Begründung darauf, daß das BG., um zu einer bestätigenden Entscheidung zu gelangen, die thatsächlichen Feststellungen der vorigen Instanz nicht habe vervollständigen dürfen und daß deshalb auch in der gegenwärtigen Instanz bei Prüfung der Richtigkeit der stattgefundenen Gesetzesanwendung auf Dasjenige, was der Bescheid als erwiesen festgestellt habe, zurückzugehen sei, als unbegründet zu verwerfen gewesen.

17.

Das Oberappellationsgericht hat neuerdings die in den Annalen N. F. Bd. VII, S. 1 flg. dargelegte Auffassung adoptirt, daß nur dann, wenn in einer einzelrichterlichen Strafsache der Schuldbeweis auch bereits von dem Bezirksgerichte als erbracht erklärt worden sei, die Vorbedingung zu Anwendung des Art. 388 a der RStPO. als erfüllt angesehen werden könne.

Vortrag an das Justizministerium vom 23. Juni 1871 no. 476/469.

Civilrecht.

85.

Wegen Verbalturbationen in Bezug auf den Rechtsbesitz ist ein Besitzrechtsmittel nicht zulässig.

II. Sen.-Erk. vom 7. Juli 1870 no. 418/441.

Nach §. 205 des BGB.'s kann nur Derjenige, welcher im Besitz thatsächlich gestört wird, gegen den Störer auf Schutz im Besitz klagen und es ist danach, wie auch in den zu jener Paragraphe gegebenen Motiven ausdrücklich bemerkt ist, die Besitzklage in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in welchen eine bloße wörtliche Beunruhigung des Besitzes stattgefunden hat. Nun handelt zwar jene Gesetzesstelle zunächst nur von dem Besitze körperlicher Sachen. Allein nach §. 530 des BGB.'s ist auch der Rechtsbesitz bei Dienstbarkeiten insoweit, als es die Natur desselben zuläßt, nach den Vorschriften über den Besitz an Sachen zu beurtheilen, und man tritt der vorigen Instanz darin bei, daß die Bestimmung, welche in §. 205 in Ansehung der Zulässigkeit der Besitzklage bei Störungen im Besitze körperlicher Sachen getroffen ist, der Natur des Rechtsbesitzes bei Dienstbarkeiten nach auch auf letztere Anwendung zu finden habe. Denn daß gedachte Vorschrift mit der Natur des Rechtsbesitzes bei Dienstbarkeiten unvereinbar sei, läßt sich nicht behaupten, und wie hiernach schon der Wortlaut der §. 530 dafür spricht, daß der nurerwähnte Rechtsbesitz in Bezug auf die Zulässigkeit der Besitzklagen der in §. 205 enthaltenen Bestimmung unterzustellen sei, so sprechen hierfür auch außerdem innere Gründe. Bei der Besitzklage handelt es sich nicht um das Recht selbst, in dessen Besitz der Kläger zu sein behauptet, sondern nur darum, daß der Rechtsbesitzer in der Ausübung seines Besitzes gestört worden sei, und um den Schutz in letzterem. Eine bloße Verbalturbation ist aber an sich noch keine Störung in der Besitzausübung, sie betrifft vielmehr das Recht selbst, um welches es sich handelt. Sie beeinträchtigt mithin den Rechtsbesitzer nicht in der thatsächlichen Ausübung des von ihm besessenen Rechts, sondern sie verletzt ihn nur

insoweit, als sie ihm das ihm angeblich zuständige Recht der Dienstbarkeit selbst bestreitet, und sie kann daher den Gestörten zwar unter Umständen zur Ergreifung petitorischer Rechtsmittel berechtigen, nicht aber setzt sie ihn in die Lage, daß er einer Besitzklage zum Schutz eines in seiner Ausübung nicht beeinträchtigten Rechtsbesitzes sich bedienen könnte. Hiergegen mag sich auch Kläger nicht auf die von ihm angezogene Stelle aus den Motiven zu §. 205 berufen. Denn wenn es dort auch heißt, der Besitz körperlicher Sachen — im Gegensatz zu der juris quasi possessio — könne nicht als durch bloße Aeußerungen gestört gelten, und es bestehe daher kein Befugniß auf Anerkennung eines solchergestalt gestörten Besitzes, so ist damit noch keineswegs ausgesprochen, daß der Rechtsbesitz durch eine blos wörtliche Beunruhigung in einer zur Anstellung der Besitzklage berechtigenden Weise gestört werden könne, vielmehr ist in jener Stelle eben nur bemerkt, daß der Sachbesitz d. h. der dem Rechtsbesitz gegenüberstehende Besitz körperlicher Sachen, durch Verbalturbationen nicht für gestört zu achten sei, ohne daß damit ausgesprochen ist, es seien bei dem Rechtsbesitz andere Grundsätze zur Anwendung zu bringen. Auch ist, wie aus dem Folgesatze: „und es besteht daher ein Befugniß auf Anerkennung eines solchergestalt gestörten Besitzes nicht", hervorgeht, jene Bemerkung nur darauf gerichtet, daß eine Verbalturbation bei dem Besitz körperlicher Sachen nicht zur Benutzung petitorischer Rechtsmittel, namentlich nicht zur Anstellung der Publicianischen Klage berechtige.

86.

Daß auf dem Titel eines Manuscripts Jemand als Auctor benannt ist, liefert an sich noch nicht den Beweis der Auctorschaft*). — Retentionsrecht des Druckers am Manuscripte dem Auctor gegenüber? — BGB. §§. 767 flg.

II. Sen.-Erk. vom 12. Juli 1870 no. 462|460.

Die vorigen Instanzen haben übereinstimmend angenommen,

---

*) Das Bundesgesetz, betr. das Urheberrecht 2c. vom 11. Juni 1870

daß das vom Beklagten in das Nichtwissen gestellte Eigenthumsrecht Klägers an dem Manuscripte, dessen Bl. näher bezeichnete Theile den Gegenstand der vorliegenden Vindicationsklage bilden, in ausreichender Liquidität beruhe, da auf dem Titel des der Schilderung in der Klage entsprechenden Schriftstückes, welches Beklagter als ein noch in seinem Besitze befindliches, von dem in der Klage erwähnten Buchhändler R. ihm zum Drucke eingehändigtes Manuscript zu den Acten überreicht habe, der Kläger als Verfasser benannt sei, und hiernach für dessen Auctorschaft bis zu dem Nachweise des Gegentheils die Vermuthung streiten müsse. Das OAG. trägt jedoch Bedenken, sich der Ansicht anzuschließen, daß Kläger ohne Weiteres schon auf Grund des eben bemerkten factischen Momentes vermöge einer ihm zur Seite stehenden Rechtsvermuthung als geistiger Urheber des betreffenden literarischen Werkes zu gelten und deshalb mit einem besonderen Nachweise dieser Urheberschaft verschont zu bleiben habe. Denn für eine derartige Vermuthung bieten weder die Gesetze einigen Anhalt, noch läßt sich für dieselbe eine feste und allgemeine Praxis anführen. Auch der in der Entscheidung zweiter Instanz angezogene Schriftsteller gedenkt der Zulässigkeit einer solchen Präsumtion nur bei Erörterung der Frage, in welcher Weise sich der durch einen widerrechtlichen Nachdruck Verletzte bei gerichtlicher Verfolgung der Ansprüche aus diesem Nachdrucke als Berechtigter zu legitimiren habe. In dem gegenwärtigen Falle handelt es sich aber gar nicht um die Geltendmachung von dergleichen Ansprüchen, sondern um die Durchführung einer Vindicationsklage. Der Kläger kann sich daher nicht entbrechen, die in Einl.-Abschnitt 1 aufgestellte, rücksichtlich ihrer Eidesschlüssigkeit nicht zu beanstandende Behauptung, daß er das in der Klage speciell beschriebene Manuscript selbst verfaßt habe, annoch mittelst des über den Grund der Klage angetragenen, Bl. zurückgeschobenen Eides in Gewißheit zu setzen.

Soviel hiernächst das von dem Beklagten vorgeschützte Zurück-

(Bundesgesetzblatt S. 339 flg.; Roßberg'sche Sammlung, Bd. III, S. 74 flg.) spricht eine für den auf dem Werke genannten Auctor geltende Präsumtion in dem Falle aus, wenn das Werk bereits veröffentlicht ist.

behaltungsrecht anlangt, hatte man der Auffassung der vorigen Instanz, daß solches einer zulänglichen Begründung entbehre, beizustimmen. Nach Demjenigen, was Beklagter zu Fundirung der diesfallsigen Einrede vorgebracht hat, kann demselben wegen der ihm an den Verleger R. zustehenden Druckkostenforderung nicht einmal einem auf Rückgabe des hier im Streite befangenen Manuscripts gerichteten Anspruche des genannten R. gegenüber ein Retentionsrecht an diesem Manuscripte eingeräumt werden. Denn die ebengedachte Forderung des Beklagten läßt sich keineswegs als eine solche betrachten, welche, wie die Bestimmungen in §. 767 des BGB.'s erfordern, in einem Verhältnisse zu dem fraglichen Manuscripte ihren Grund hätte, vielmehr würden in Gemäßheit dieser Bestimmungen lediglich die von dem Beklagten hergestellten Druckexemplare als geeignete Gegenstände anzusehen sein, an denen derselbe ihrer Forderung halber ein Retentionsrecht auszuüben befugt wäre. Nicht minder unthumlich würde es aber sein, die Rückgabe des Manuscripts an den Verleger R. gegenüber der dem Letzteren obliegenden Bezahlung der rückständigen Druckkosten als eine aus dem Vertragsverhältnisse zwischen R. und dem Beklagten fließende Gegenleistung im Sinne von §. 768 des BGB.'s zu behandeln, da als eigentliche Gegenleistung des Beklagten aus diesem Verhältnisse die Lieferung der ihm übertragenen Druckarbeiten aufzufassen sein würde.

87.

Klage auf Herausgabe eins Hypothekenbriefes — rei vindicatio? — actio in personam?

II. Sen.-Erk. vom 5. Sept. 1871 no. 567|534.

Die Klage kann als rei vindicatio nicht aufrecht erhalten werden, weil die Klägerin einen Grund der Erwerbung des Eigenthums an dem vindicirten Hypothekenbriefe nicht angegeben hat. Neben der jedenfalls nicht zu dem Eidesantrage geeigneten Behauptung, daß der Hypothekenbrief der Klägerin eigenthümlich gehöre, wird nur noch darauf Bezug genommen, daß dieser Hypothekenbrief über ein für die Klägerin hypothekarisch sicher gestelltes

Capital von 900 Thalern ausgefertigt worden sei. Hieraus folgt jedoch nicht, daß das Eigenthum an dem Hypothekenbriefe der Klägerin zustehe. Denn ein Hypothekenbrief repräsentirt nicht die Hypothekenforderung, es läßt sich auch nicht sagen, daß derselbe eine Zubehörung der Hypothekenforderung sei. Eine Zubehörung ist nur bei körperlichen Sachen denkbar, eine Hypothekenforderung ist aber eine unkörperliche Sache, welche nur uneigentlich eine Sache genannt wird.

Siebenhaar, Sächs. Privatrecht S. 70, Anmerkung.

Es bedarf daher auch nicht erst der Bemerkung, daß, wenn selbst der Hypothekenbrief eine Zubehörung der Hypothekenforderung wäre, hiermit nicht bewiesen werden könnte, es wäre der hypothekarische Gläubiger auch Eigenthümer des Hypothekenbriefs.

Siebenhaar a. a. O. S. 79 flg.

Die Klage kann aber auch nicht als eine actio in personam aufrecht erhalten werden. Eine actio in personam setzt eine Forderung voraus, welche gerichtlich geltend gemacht wird, und es reducirt sich die Frage, ob eine actio in personam begründet sei, auf die Frage, ob eine Forderung vorhanden sei. Nun giebt es aber bekanntlich keine Forderung ohne einen Rechtsgrund, an welchem sie entsprungen ist.

Siebenhaar a. a. O. S. 97.

Die Klägerin hat aber in ihrer Klage neben der Behauptung, daß der Hypothekenbrief ihr eigenthümlich gehöre, einen Grund, vermöge dessen der Beklagte zur Herausgabe des Hypothekenbriefes aus sie verpflichtet sei, nicht angeführt.

88.

Confessorienklage des Miteigenthümers gegen den Pachter?

II. Sen.-Erk. vom 8. Aug. 1871 no. 498|489.

Wenn man selbst die Ersitzung einer Dienstbarkeit an dem gemeinschaftlichen Grundstücke unter besonderen Verhältnissen für

möglich halten*) und noch überdies davon absehen wollte, daß die Kläger, soweit sie ihr Recht auf Ersitzung gründen, schon in der Klage auf geeignete Thatsachen, aus welchen sich die Erwerbung der Dienstbarkeit durch Ersitzung ergeben könnte, Bezug zu nehmen gehabt hätten, so würde doch in dem vorliegenden Falle die Klage auch noch aus dem Grunde angebrachter Maßen abzuweisen sein, weil der Beklagte Pachter des Gemeindegrundstücks ist, an welchem die Kläger eine Dienstbarkeit in Anspruch nehmen.

Da nämlich die Kläger Miteigenthümer des Gemeindegrundstücks sind, so tritt hier der eigenthümliche Fall ein, daß die Verpachter gegen den Pachter confessorie klagen. Dies ist jedenfalls unzulässig, weil die Kläger, wenn der Pachter verurtheilt würde, eine Condemnatoria wider sich selbst erlangen würden. In dem Verhältniß zwischen dem Verpachter und Pachter kann nur von Obligationen die Rede sein und namentlich läßt es sich nicht denken, daß der Verpachter eine actio confessoria wider den Pachter haben kann, indem, wenn der Pachter den Verpachter in der Ausübung eines Rechts an dem verpachteten Grundstücke hindert, es sich nicht darum handelt, ob der Verpachter das behauptete Recht habe, sondern vielmehr darum, ob die Ausübung des Rechts von Seiten des Verpachters eine Verletzung der dem Pachter gestatteten Benutzung des Grundstücks, die Hinderung von Seiten des Pachters also eine Ueberschreitung dieser Benutzung enthält.

89.

Die Vorschriften der §§. III und X des Oberamtspatentes vom 18. August 1727 wegen der Verpflichtung des Grundeigenthümers zu alljährlicher Räumung und Reinigung der durch sein Grundstück fließenden Privatgewässer sind durch §. 356 des BGB.'s aufgehoben.

II. Sen.-Erk. vom 12. Juli 1870 no. 492/444.

Die Vorschriften in §§. III und X des Oberamtspatents vom

*) Es war jedoch vorher die Ausführung zweiter Instanz (AG. Zwickau), daß an sich dies unthunlich sei, gebilligt.

18. August 1727, welche dem Grundeigenthümer die Verpflichtung zur alljährlichen Räumung und Reinigung der durch seine Grundstücke fließenden Privatgewässer auferlegen, gehören dem sogenannten Nachbarrechte an, dessen Normen dazu bestimmt sind, die gegenseitigen Verhältnisse der Besitzer nachbarlicher Grundstücke in einer dem Interesse der Einzelnen und des Gemeinwohles entsprechenden Weise zu reguliren. Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, haben die eben angezogenen Vorschriften nach der Ansicht des OAG.'s durch die abweichenden Bestimmungen in §. 356 des BGB.'s dermalen als aufgehoben zu gelten. Denn die letzteren verfolgen, wie sich sowohl aus ihrem Inhalte als aus der Stellung ergiebt, die ihnen in dem Gesetzbuche innerhalb des mit der Ueberschrift: „Verhältnisse benachbarter Grundstücke" versehenen Abschnittes angewiesen ist, nebst den vorausgehenden Dispositionen in §§. 354 und 355 ganz eigentlich den Zweck, das nachbarschaftliche Verhältniß mehrerer Grundeigenthümer speciell in Bezug auf den ihre Grundstücke gemeinsam berührenden Wasserlauf zu ordnen. Auch bietet der Wortlaut oder der besondere Character dieser neuerlichen Gesetzesbestimmungen keinen Anlaß, dieselben, wie in der vorigen Entscheidung geschehen, nur von dem natürlichen Abflusse des Regen- und Thauwassers zu verstehen. Vielmehr erscheint es bei ihrer allgemeinen Fassung und Tendenz vollkommen gerechtfertigt, sie auch auf Privatgewässer, namentlich auf Bäche der hier in Frage befangenen Art, mitzubeziehen. Für die Ansicht, nach welcher den oben erwähnten Vorschriften des Oberamtspatents gegenwärtig keine weitere Geltung beizulegen ist, spricht übrigens zugleich die Erwägung, daß das BGB. eine an das Eigenthum eines gewissen Grundstückes gebundene, den jedesmaligen Besitzer treffende Verpflichtung zu einem positiven Thun, wie solche das Oberamtspatent an dem angegebenen Orte statuirt, nur auf dem Gebiete der Reallasten kennt, und zur Entstehung der letzteren nach §. 506 dieses Gesetzbuchs die Eintragung in das Grundbuch unerläßlich ist.

90.

Negatoria wegen Beeinträchtigung eines Grundstücks durch eine Stauanlage des Nachbars — Einrede, daß dieselbe bestanden, als die beiderseitigen Grundstücke noch in einer Hand gewesen. — BGB. §§. 321, 575.

II. Sen.-Erk. vom 1. Juli 1870 no. 445/426*).

Zu der von dem Beklagten beantragten Klagabweisung liegt auch nach Ansicht der jetzigen Instanz kein irgendwie begründeter Anlaß vor. Die Klage erscheint in ihrer Eigenschaft als Negatorienklage durch die Bezugnahme darauf, daß dem Kläger das Eigenthumsrecht an der Parzelle Nr. 104a des Flurbuchs für die Ortschaft Z. zustehe, und dieses Recht von dem Beklagten mehrfach insofern beeinträchtigt worden sei, als derselbe das Wasser des sogenannten Hammergrabens zum Behufe der Bewässerung seiner angrenzenden Wiesengrundstücke mittelst einer in diesem Graben hergestellten Schützenvorrichtung wiederholt angestaut, auf solche Weise aber eine Ueberfluthung der gedachten Parzelle Klägers herbeigeführt habe, vollständig fundirt. Denn daß das ebenerwähnte Gebahren des Beklagten an sich als ein unbefugter Eingriff in das Eigenthumsrecht Klägers an dem vorbemerkten Grundstücke betrachtet werden müsse, ergiebt sich ohne Weiteres und ganz abgesehen von der Frage, ob die von der vorigen Instanz angezogenen Bestimmungen in §§. 354 und 359 des BGB.'s hier maßgebend seien, schon aus dem in dem Wasserrechte anerkannten, durch das BGB. nach §. 3, sub 5d der Publicationsverordnung vom 2. Jan. 1863 nicht aufgehobenen allgemeinen Principe, vermöge dessen der vorhandene factische Zustand eines Wasserlaufs regelmäßig auch rechtlich als der normale zu gelten hat und Seiten der Adjacenten zum Nachtheile eines anderen Grundstücks durch neue Anlagen oder sonstige Veranstaltungen keine Abänderung erfahren darf.

Annalen des OAG.'s Bd. V, S. 57.

Auch wird die Anwendung dieses Princips in dem vorliegenden

---

*) Bestätigt in IV^ta durch III. Sen.-Erk. v. 12. Nov. 1870, no. 93.

Falle dadurch, daß die Klagschrift über die Eigenthumsverhältnisse in Betreff des oben bezeichneten Grabens einige Auskunft nicht gewährt, auf keine Weise alterirt, da der Beklagte selbst dann, wenn derselbe, wie er in der Anmerkung zu dem 5. Einl.-Abschn. behauptet, der ausschließliche Eigenthümer dieses Grabens sein sollte, sich der angegebenen, aus dem Gesichtspunkte einer natürlichen Dienstbarkeit aufzufassenden Beschränkung bis zu dem Nachweise eines von ihm erworbenen besonderen Befugnisses zu unterwerfen haben würde.

Der Beklagte prätendirt ein Befugniß zu den in der Klage gerügten Veranstaltungen, indem er behauptet, daß die Stauanlage, deren Beseitigung der Kläger beanspruche, schon vor mindestens 40 Jahren in dem Hammergraben eingebaut und seitdem zur Bewässerung der Wiesengrundstücke des im Jahre 1846 von ihm, dem Beklagten, acquirirten Rittergutes K. benutzt, daß als ein solches Wiesengrundstück auch die hier in Betracht kommende Parzelle Nr. 104a des Flurbuchs, welche er, Beklagter, von dem genannten Rittergute später abgetrennt und an die verehel. Gl. verkauft habe, mit Hülfe jener Anlage bewässert, gleichwohl aber bei dem eben gedachten Verkaufe über die Entfernung der Schützenvorrichtung eine Vereinbarung nicht getroffen und demnach die bezeichnete Parzelle in Gemäßheit §. 575 des BGB.'s stillschweigend mit der Dienstbarkeit beschwert worden sei, das in Folge des Gebrauches des mehrerwähnten Schützen nach derselben abfließende Stauwasser aufzunehmen. Die früheren Instanzen haben übereinstimmend die Voraussetzungen zur Anwendung der allegirten Gesetzstelle hier um deswillen vermißt, weil die fragliche Vorrichtung für die Parzelle Nr. 104a als Wiesengrundstück keine Belästigung mit sich gebracht, sondern durch Gewährung der Möglichkeit einer Bewässerung besonderen Nutzen geboten, mithin der Käuferin dieser Parzelle präsumtiv die Absicht fern gelegen habe, dem Verkäufer ein servitutisches Recht des gedachten Inhaltes vertragsmäßig einzuräumen. Allein ganz abgesehen davon, ob man überhaupt ohne Weiteres annehmen dürfe, daß die fortdauernde beliebige Benutzung der Schützenvorrichtung Seiten des Beklagten und die dadurch verursachte Ansammlung von Stauwasser dem beregten Grundstücke als

Wiesengrundstücke wirklich jederzeit zum Vortheile gereicht habe, konnte der Käuferin, dafern ihr sowohl die Existenz jener Vorrichtung als auch der Effect ihrer Ingangsetzung in Bezug auf das zu erwerbende Grundstück, wie solcher in der Klage geschildert wird, hinreichend bekannt war, keinesfalls entgehen, daß der unveränderte Fortbestand und weitere Gebrauch des vorhandenen Stauwerkes wenigstens bei einer anderen als der seitherigen Benutzungsweise dieses Grundstückes zu einer wesentlichen Belästigung für dasselbe führen müsse. Wenn die Käuferin daher dessenungeachtet ohne jeden Vorbehalt auf das Kaufgeschäft einging und die Zustimmung zu solchem weder von dem Wegfalle noch von einer Umgestaltung oder einem beschränkteren Gebrauche der Stauanlage abhängig machte, so ist aus einem derartigen Verhalten ihr stillschweigendes Einverständniß damit, daß die erkaufte Parzelle auch ferner den seitherigen, durch die Anwendung des Schützen bedingten Zufluß des Stauwassers zu dulden habe, so lange zu folgern, als nicht specielle, der Schlüssigkeit einer solchen Folgerung entgegentretende factische Momente beigebracht werden. Es würde demnach unter den eben gedachten Umständen der durch die Bestimmungen in §. 575 des BGB.'s mit getroffene Fall hier vorliegen, wo von zwei Grundstücken, von denen das eine dem andern mittelst einer äußeren Veranstaltung factisch dient, das erstere zur Veräußerung kommt und dabei aus dem concludenten Verhalten der Interessenten auf die Willensmeinung, daß dieses factische Verhältniß nunmehr als ein rechtliches fortdauern solle, mit Sicherheit sich schließen läßt.

91.

Derjenige, mit welchem ein Mandatar ohne Erwähnung des Auftragsverhältnisses in Folge seines Mandates contrahirt hat, kann sich in der Regel direct an den Mandans halten. — BGB. §§. 788 flg.

II. Sen.-Erk. vom 1. Juni 1869 no. 328/339.

Soviel das Verhältniß der Behauptung des Klägers, es sei der Auftrag, welchen der Beklagte J. R. J.'n ertheilt gehabt habe, ausdrücklich auf ein Contrahiren Namens des Beklagten gerichtet

gewesen, zu der Behauptung des Beklagten, er habe dem gedachten J. einen Auftrag zum Contrahiren in seinem, des Beklagten, Namen nicht gegeben, anlangt, so kann bei der Frage, ob der Beklagte durch Verträge, welche J. N. J. den erhaltenen Aufträgen gemäß geschlossen hat, dem Kläger gegenüber verpflichtet worden sei, darauf Etwas nicht ankommen, ob J. N. J. sich bei der Schließung der Verträge als den Beauftragten des Beklagten zu erkennen gegeben hat, oder nicht. Allerdings macht es nach den §§. 788 bis 790 des BGB.'s (welche hier Anwendung finden, weil das ADHGB. über die Stellvertretung bei der Schließung von Verträgen nur wenige, hier nicht einschlagende specielle Vorschriften, z. B. in Art. 52 enthält) in dem Verhältnisse des Stellvertreters zu dem Dritten, mit welchem er contrahirt, einen Unterschied, ob der Stellvertreter sich dem Dritten gegenüber als solchen zu erkennen gegeben, z. B. ausdrücklich erklärt hat, er handle im Auftrage eines Andern oder ob er dem Dritten gegenüber seine Eigenschaft als Beauftragter gar nicht zur Sprache gebracht hat. Denn in dem ersteren Falle entstehen unmittelbare Forderungen zwischen dem Vertretenen und dem Dritten,

§. 788 des BGB.'s Commentar Bd. II, S. 83 flg. und Siebenhaar Correalobligationen S. 333 flg., insbesondere S. 335, Not. 1,

während in dem zweiten Falle aus dem Vertrage nur eine Obligation zwischen dem Stellvertreter und dem Dritten entspringt, in welche der Vertretene nur nach den Bestimmungen über die Abtretung der Forderungen und über die Schuldübernahme succediren kann.

§. 790 des BGB.'s und dazu Commentar a. a. O. S. 86.

Allein der Vertretene hat, sofern der Vertrag dem Auftrage gemäß zu Stande kommt, kein Interesse, ob sein Stellvertreter den Vertrag in seinem oder in fremdem Namen schließt, ob also der Stellvertreter in eigner Person verpflichtet wird oder die Obligation direct zwischen ihm, dem Vertretenen und dem Dritten entsteht. Zu Rechtfertigung dieses Satzes, welcher, trotz seiner praktischen Nothwendigkeit, allerdings noch nicht zum allgemeinen Anerkenntnisse gelangt ist, werden nachstehende Bemerkungen beitragen:

a) Der Vertreter, namentlich der Mandant, kann denkbarer Weise die Verschweigung seines Namens wünschen, weil er befürchtet, daß der Dritte aus persönlichen Rücksichten nicht mit ihm contrahiren, oder auch für den Vertrag mit ihm ungünstigere Bedingungen stellen werde, als für den Vertrag mit dem Stellvertreter, namentlich mit dem Mandatar. Aber das Interesse, welches der Vertreter in dieser Hinsicht haben kann, erledigt sich, wenn der Dritte damit einverstanden ist, daß der Contract als mit dem Vertretenen geschlossen gelten soll, und wenn der Contract von dem Stellvertreter innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse geschlossen worden ist.

b) Nach den in der Praxis herrschenden Ansichten dürfte es kaum zu bezweifeln sein, daß der Dritte, welcher mit einem Stellvertreter contrahirt hat, auch selbst dann, wenn dieser sich nicht als Stellvertreter zu erkennen gegeben haben sollte, mit Beziehung auf das Stellvertretungsverhältniß und auf die Thatsache, daß der Stellvertreter in seiner Eigenschaft als Stellvertreter contrahirt habe, auch unmittelbar wider den Vertretenen klagen kann. Namentlich spricht aber hierfür die Fassung der §§. 788 und 790 des BGB.'s, weil die Haftung des Stellvertreters, welcher sich als solcher nicht zu erkennen gegeben hat, eine neben der Haftpflicht des Vertretenen bestehende ist, von welcher der Dritte auch absehen kann, wenn er es vorzieht, sich unmittelbar an den Vertretenen zu halten und den Stellvertreter ganz ex nexu zu lassen. Ein bloßer Folgesatz hiervon ist die Bestimmung des §. 791 des BGB.'s, über die s. g. actio de in rem verso. Zwar läßt sich nicht in Abrede stellen, daß, wenn der Stellvertreter sich dem Dritten gegenüber gar nicht als Stellvertreter zu erkennen gegeben oder auch ohne Einwilligung und Vorwissen des Vertretenen im Namen dieses contrahirt hat, der Vertretene auch dem Dritten gegenüber die Exceptionen hat, welche er seinem Stellvertreter, wenn dieser gegen ihn klagte, entgegensetzen könnte. Allein hieraus folgt nur, daß sich der Dritte, wenn er unmittelbar wider den Vertretenen klagt, der Gefahr aussetzt, mit den Exceptionen aus dem Verhältnisse des Vertretenen zu dem Stellvertreter zurückgeschlagen zu

werden, nicht aber, daß er wider den Vertretenen nicht klagen könne, wenn er sich der angegebenen Gefahr aussetzen will.

c) Fragt man nach dem Grunde, warum der Mandant wünschen kann, daß der Mandatar auch in eigner Person dem Dritten gegenüber verpflichtet werden solle, so läßt sich nur der auffinden, daß der Mandatar bei dem Dritten, welcher vielleicht ohnedem nicht mit ihm, dem Mandanten, contrahirt haben würde, intercediren solle. Aber dies kann nicht als ein Recht des Mandanten betrachtet werden, weil dieser, wenn der Dritte sich lediglich an ihn halten will, kein rechtliches Interesse daran haben kann, daß neben ihm auch noch der Mandatar selbst accessorisch haftet. Wollte man hiergegen einwenden, es könne zwischen Gläubiger und Schuldner gültig paciscirt werden, daß der Letztere mit einem Dritten contrahiren, z. B. ein Darlehn aufnehmen oder Waaren auf Credit kaufen, und der Erstere den Vortheil davon, z. B. das dargeliehene Geld oder die auf Credit gekaufte Waare erhalten solle, so wäre dieser Einwand durch den Hinweis darauf zu widerlegen, daß in diesen Fällen es an einem Mandate zu dem Contrahiren mit dem Dritten fehlen würde.

Endlich mag

d) nur noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß der Dritte, welcher mit einem Mandatar in der Weise contrahirt hätte, daß der Contract als zwischen dem Mandanten und dem Dritten unmittelbar geschlossen gelten sollte, nach der gegentheiligen Ansicht völlig rechtlos sein würde. Klagte er nämlich gegen den Mandanten, so wäre er mit seiner Klage abzuweisen, weil dieser zu dem Contrahiren suo nomine nicht Auftrag ertheilt hätte. Klagte er gegen den Mandatar, so wäre er abzuweisen, weil er diesen ex nexu gelassen hätte. Dieser Zustand der Rechtlosigkeit wäre ein um so vollständigerer, als dem Dritten auch nicht einmal die sog. actio de in rem verso des §. 790 des BGB.'s zu gute kommen könnte.

In dem Vorstehenden ist nur auf den Fall Rücksicht genommen worden, wenn der Auftrag zu dem Contrahiren mit einem Dritten darüber Nichts enthält, ob der Beauftragte in seinem Namen oder im Namen des Auftraggebers contrahiren soll. Verschieden hiervon



ist die Frage, ob, wenn der Auftraggeber dem Beauftragten das Contrahiren in seinem, des Auftraggebers, Namen ausdrücklich verboten hätte, ein Zuwiderhandeln von Seiten des Beauftragten den Rechten des Dritten präjudiciren könnte. Nach der Ansicht des OAG.'s dürfte auch diese Frage zu verneinen sein. Vor allen Dingen liegt auf der Hand, daß in der Nichtachtung eines solchen Verbots nicht eine Ueberschreitung der Grenzen des Auftrags zu erblicken sein konnte. Nach den §§. 788 und 1317 des BGB.'s wird aber der Auftraggeber dem Dritten gegenüber verpflichtet, wenn der Beauftragte bei dem Contrahiren mit dem Dritten innerhalb der Grenzen seines Auftrags gehandelt hat. Hierzu kommt, daß ein Verbot der angegebenen Art unwirksam sein müßte, weil ein Interesse, welches der Auftraggeber an dessen Beachtung haben könnte, nicht abzusehen wäre. Wenigstens würde es eines besonderen Nachweises eines rechtlichen Interesses bedürfen, und selbst wenn dieser Nachweis geführt werden könnte, würde das Verbot, als eine gegen den Inhalt des Auftrags gehende Beschränkung, oder als bloße Instruction, nur in dem Verhältnisse des Beauftragten zu dem Auftraggeber, nicht in dem Verhältnisse des Letzteren zu dem Dritten Wirkung haben können.

92.

Dieselbe Frage betreffend.

II. Sen.-Erk. vom 17. Aug. 1871 no. 509|499.

Die vorige Instanz hat das Relatum zum 13. Einl.-Punkte darüber, daß sich Beklagter Ehemann ihm als deren Bevollmächtigter zu erkennen gegeben, obschon Kläger bereits in der Replik, unter Hinweis auf das in der

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. XXXIII, S. 358

mitgetheilte Präjudiz*), die Nothwendigkeit eines solchen bestritten

*) Dasselbe, welches zeither noch nicht mitgetheilt wurde, weil in der in der betreffenden Sache gesprochenen IVta die Grundsätze der IIIia dahingestellt gelassen worden und für die Confirmatoria andere Umstände herbei-



hatte, erkannt, „weil es dessen nach der Bestimmung in §. 788 des BGB.'s neben der Thatsache des wirklich erhaltenen Auftrags, um zwischen der Beklagten und dem Kläger unmittelbar Rechte und Verbindlichkeiten zu begründen, bedurfte.“

Obwohl nun das OAG. früher, z. B. in den

Annalen Bd. VIII, S. 36; N. F. Bd. IV, S. 136 flg.

mitgetheilten Fällen diese Ansicht getheilt hat, so ist davon doch in neuerer Zeit, namentlich in dem oben berührten Falle ab- und zu der übergegangen worden, daß der, mit welchem ein Mandatar, ohne sich als solches zu erkennen gegeben zu haben, contrahirt, die Wahl hat, ob er sich an Letzteren, oder sofort an dessen Auftraggeber halten wolle. Indem den dort entwickelten Gründen lediglich beizutreten und auf solche Bezug zu nehmen ist, möge hier nur noch bemerkt werden, daß in keinem der §§. 788, 789, 790, 791 das Gegentheil direct ausgesprochen ist, dagegen die Fassung des §. 790: „begründen an sich“ ꝛc., „und es braucht“ ꝛc. an die Hand geben, daß Der, welcher mit dem Mandatar contrahirte, zwar berechtigt ist, den Mandans als Mitcontrahenten zurückzuweisen, nicht aber dazu verpflichtet, vielmehr befugt ist, die Erfüllung des Vertrags direct vom Mandans zu fordern und ein besonders praktisches Bedürfniß nach Befolgung dieser Ansicht namentlich auch in den zahlreichen Fällen hervortritt, wo der Dritte, ohne ausdrückliche Eröffnung, das Mandatverhältniß kennt, und nun eben in Hinblick auf den Mandans, nicht aber auf den Mandatar und dessen Vermögenslage, ohne das Mandatverhältniß seinerseits zu berühren, contrahirt und erfüllt, z. B. bei Bestellungen von Waaren diese effectuirt hat. Im Uebrigen ist bereits am angeführten Orte bemerkt, daß der Dritte solchen Falles sich freilich die Einrede des Mandans gefallen lassen müßte, daß dieser bereits an den Mandatar Zahlung geleistet, beziehentlich dieser mit den dazu erforderlichen Geldmitteln versehen gehabt habe.

Da aber Beklagte in dieser Maße nicht excipirt hat, so be-

---

gezogen worden waren, ist das vorstehend unter Nr. 91 nunmehr abgedruckte.

durfte es nicht des in voriger Instanz auf die Eröffnung des Auftrags gerichteten Eides, und es war daher solcher in Wegfall zu stellen.

93.

Hat der Auszugsträger für Instandhaltung der Auszugslocalitäten zu sorgen? — BGB. §. 1172.

II. Sen.-Erk. vom 14. Juli 1870 no. 468/469.

Die im Kaufvertrage von dem Verkäufer des dem Beklagten dermalen gehörigen Hauses für sich und seine Kinder und insbesondere noch für die jetzigen Klägerinnen vorbehaltene Berechtigung ist ganz unzweifelhaft sowohl nach den damals geltenden Rechtsgrundsätzen, insbesondere nach den Rechtssätzen des OAG.'s vom 2. October 1839, als auch nach dem BGB. als ein beim Verkaufe des fraglichen Hauses vorbehaltener Naturalauszug mit Herbergs- und Wohnungsrecht zu betrachten und demgemäß, was die Unterhaltung der Wohnungsräume anlangt, nicht nach den römisch-rechtlichen Grundsätzen über die habitatio oder den usus aedium und nicht nach §§. 604 und 611 des BGB.'s, sondern früher nach Nr. 17 der erwähnten Rechtssätze vom 2. October 1839 und dermalen nach der damit in der Hauptsache völlig übereinstimmenden §. 1172 des BGB.'s zu beurtheilen. Danach liegt dem Auszugsverpflichteten die Verbindlichkeit ob, das Gebäude, in welchem der Berechtigte die Mitbewohnung oder alleinige Wohnung hat, wenn es durch einen Unglücksfall gestört werden sollte, wieder herzustellen, was zugleich auch die Verpflichtung enthält, für die Instandhaltung der Auszugslocalitäten aus eignen Mitteln zu stehen.

Siebenhaar Commentar zum BGB. §. 1172, 2. Ausgabe, Bd. II, S. 260.

Selbst §. 640 des BGB.'s legt dem Wohnungsberechtigten nur die Verpflichtung zu den gewöhnlichen Ausbesserungen auf, worunter die Unterhaltung des Daches, der Decke und der Umfassungswände nicht begriffen sind, da diese zum Wesen der Sache gehören und eine Auszugwohnung ohne Dach, Decke und Umfassungswände nicht bestehen kann.

Hiernach kann, da Beklagte den Klaggrund im Wesentlichen zugestanden hat, deren Verurtheilung zu Herstellung der vorhandenen Schadhaftigkeiten am Dache, an der Decke, den Umfassungswänden und den Fensterbekleidungen der Auszugsstube nicht weiter zweifelhaft sein.

Was die Einsetzung eines guten und brauchbaren Ofens in die Auszugsstube anlangt, so hat Beklagte den durchgängig geleugneten Einlass.-Punkt 4 in der Appellationsdeduction dahin erläutert, daß sie zwar die Entfernung des Ofens durch L. nunmehr zugestanden, jedoch ihre stillschweigende Zustimmung dazu fortwährend in Abrede gestellt hat. Auf die Frage, ob Beklagte die Handlung L.'s genehmigt hat oder nicht, kommt aber für den vorliegenden Rechtsstreit gar nichts an, da es sich von selbst versteht, daß eine Auszugswohnstube nach den hiesigen klimatischen Verhältnissen ohne Ofen nicht gedacht werden kann und deshalb die Beklagte, als Auszugsverpflichtete, sich in der Verbindlichkeit befindet, den Ofen, wenn er irgendwie und ohne Verschuldung der Auszugsberechtigten zerstört oder entfernt worden ist, wieder herstellen oder durch einen anderen brauchbaren Ofen ersetzen zu lassen. Auf eine Verschuldung der Klägerinnen hat die Beklagte sich nirgends berufen. Daher muß sie, selbst wenn L. ohne ihre Genehmigung, ja ohne ihr Vorwissen gehandelt hätte, den fehlenden Ofen wiederherstellen lassen und kann sich, wenn L. ohne ihren Auftrag und ohne ihre Genehmigung handelte, lediglich an diesen wegen Ersatzes des widerrechtlich gestifteten Schadens halten.

Endlich erscheint das Vorbringen der Beklagten, alle in der Klagschrift geschilderten Schadhaftigkeiten an Dach, Decke, Wänden und Fenstern rührten lediglich daher, daß die Klägerinnen nicht bei Zeiten die gewöhnlichen Ausbesserungen besorgt haben, so völlig allgemeiner und unbestimmter Art, daß man dasselbe, als Ausflucht betrachtet, und selbst wenn man nach §§. 640 und 1172 des BGB.'s den Klägerinnen irgend eine Verbindlichkeit zur Vornahme der gewöhnlichen Reparaturen zutheilen wollte, was wenigstens hinsichtlich der gerade im vorliegenden Falle vorhandenen Schadhaftigkeiten nicht der Fall ist, nicht einmal zum Beweise aussetzen kann.

94.

Commodat von Staatspapieren behufs deren Verpfändung. — BGB. §§. 1173, 1183.

II. Sen.-Erk. vom 3. Aug. 1871 no. 471|480.

Wenn die Klägerin dem Beklagten die Staatspapiere zu dem Zwecke übergeben hat, daß der Letztere dieselben bei einer Bank bis zur Hälfte ihres Courswerthes für ein von ihm aufzunehmendes Darlehn verpfänden sollte, so wurde der Beklagte nicht Eigenthümer der Papiere, und nicht Schuldner des Werthes derselben, sondern er war nur berechtigt, die Papiere für eine Schuld zu verpfänden, während die Klägerin Eigenthümerin der Papiere blieb und deren Rückgabe in Natur fordern konnte.

Commentar zum BGB. Bd. II, S. 222.

Die vorige Instanz faßt dieses Rechtsverhältniß unter die Vorschriften über die Gebrauchsleihe (Commodat) und das OAG. trägt kein Bedenken, dem beizutreten, indem allerdings eine solche Ueberlassung von Staatspapieren zum Verpfänden insofern unter den Begriff der Gebrauchsleihe fällt, als der Empfänger der Papiere nur den in der Verpfändung liegenden Gebrauch hat und die Papiere sammt Talons und Coupons zurückgeben muß,

§§. 1173, 1183 des BGB.'s.

Hieran ändert auch der Umstand Etwas nicht, daß Staatspapiere unter gewissen Voraussetzungen zu den vertretbaren Sachen zu zählen sind und überhaupt nicht, namentlich aber dann nicht vindicirt werden können, wenn der Eigenthümer sie einem Andern zum Verpfänden überlassen und dieser sie verpfändet hat. Denn in dem Wesen der Gebrauchsleihe liegt, daß die Sache, welche zum Gebrauche überlassen wird, von den Contrahenten nicht als vertretbar angesehen wird, und ebensowenig hat die Unzulässigkeit der Vindication einem dritten Inhaber gegenüber irgend einen Einfluß auf die Obligation, welche aus der Gebrauchsleihe hervorgeht.

Der Beklagte legt ein besonderes Gewicht darauf, daß er den Pfandschein der Sächsischen Bank zu Dresden der Klägerin übergeben, und der Letzteren seine Rechte an die angegebene Bank ab-

getreten habe. Aber auch hierin kann ihm nicht Recht gegeben werden. Durch die Uebergabe des Pfandscheins und durch die Cession wurde die Klägerin nur in den Stand gesetzt, die von dem Beklagten verpfändeten Staatspapiere selbst einzulösen. Eine Verpflichtung hierzu hatte sie aber nicht, vielmehr blieb der Beklagte nach wie vor der Klägerin gegenüber zur Rückgabe der Staatspapiere, und der Sächsischen Bank gegenüber zur Rückzahlung des auf die verpfändeten Papiere erhaltenen Darlehns an 800 Thlrn. verpflichtet. Nun beruht zwar soviel außer Zweifel, daß die Klägerin durch den Besitz des Pfandscheins nicht das Recht erlangte, den Beklagten der Sächsischen Bank gegenüber zu einem Mehreren zu verpflichten, als er ohnedem verpflichtet war. Aber dies ist auch von der Klägerin nicht geschehen. Die Klägerin hat nämlich

1) auf Verlangen der Sächsischen Bank, welche durch die von dem Beklagten verpfändeten Staatspapiere nicht ausreichend sichergestellt zu sein behauptete, auch noch eine Leipzig-Dresdner Eisenbahn-Actie für die Schuld des Beklagten verpfändet,

2) nach Verfall der Schuld des Beklagten die Zinsen zu fünf vom Hundert auf die Zeit vom 24. Juni bis 14. September 1870 für den Beklagten bezahlt, endlich

3) von der Sächsischen Bank eine Stundung der Schuld des Beklagten vom 24. September bis 24. December 1870 zum dem Zinsfuße von jährlich sechs Procent ausgewirkt.

Mit allen diesen Handlungen hat die Klägerin die Schuld des Beklagten der Sächsischen Bank gegenüber in keiner Weise verschärft. Soviel nämlich

zu 1

die Verpfändung der Leipzig-Dresdner Eisenbahn-Actie betrifft, so wurde dadurch nur die Sicherheit der Sächsischen Bank verstärkt. Dagegen blieb die Pfandschuld dieselbe. Zwar liegt in der Untheilbarkeit des Pfandrechts, daß der Pfandnexus der von dem Beklagten verpfändeten Staatspapiere und der von Klägerin verpfändeten Actie nur nach Zahlung der ganzen Pfandschuld aufhört. §. 374 des BGB.'s.

Aber dessen ohngeachtet läßt sich nicht sagen, daß der Beklagte, wenn er durch Bezahlung seiner Schuld auch die von der Klägerin

verpfändete Actie liberirt, eine fremde Schuld bezahlt, indem er eben blos seine Schuld bezahlt und es ein für ihn völlig ganz gleichgültiges Verhältniß ist, wenn er durch die Erfüllung seiner Verbindlichkeit auch die Actie liberirt, welche die Klägerin der Sächsischen Bank für eine fremde Schuld verpfändet hat.

Soviel weiter die

zu 2

angegebenen Zinsen anlangt, so bezahlte die Klägerin eine Schuld des Beklagten, und daß sie die Wiedererstattung dieses Geldes von dem Beklagten nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag fordern kann, bedarf nicht erst der Erwähnung.

Annalen N. F. Bd. VI, S. 112 flg.

Endlich könnte sich

zu 3

der Beklagte dadurch, daß ihm die Klägerin eine Stundung seiner Schuld verschaffte, nur dann beschwert fühlen, wenn er dadurch gehindert worden wäre, seine Schuld vor dem Ablaufe der verlängerten Zahlungsfrist zu bezahlen. Dieser Nachtheil ist aber für ihn nicht eingetreten, indem er nicht blos bis zum 24. December 1870 nicht gezahlt hat, sondern sogar noch gegenwärtig die Zahlung verweigert. Der einzige Zweifel könnte nur der sein, ob die Zusicherung von sechs Procent eine Handlung enthalte, zu welcher die Klägerin nicht ohne Einwilligung des Beklagten berechtigt gewesen sei. Erwägt man aber, daß unter den jetzigen Verhältnissen die Verschaffung einer Stundung gegen Zahlung von sechs Procent dem Schuldner einen Vortheil giebt, daß der Beklagte das Darlehn gegen das Versprechen von fünf vom Hundert erhalten hatte und dieser Zinsfuß von ihm auch nach Eintritt des Verzugs zu bezahlen war,

§. 742 des BGB.'s,

und daß, soweit es sich um den sechsten Zinsthaler handelt, wie die vorige Instanz nicht mit Unrecht bemerkt, hier auch die Vorschrift des Art. 287 des ADHGB.'s einschlägt, so läßt sich nicht bezweifeln, daß auch von dieser Seite ein gegründetes Bedenken gegen die Klage nicht vorliegt.

Wenn der Beklagte sich namentlich dadurch beschwert fühlt,

daß die vorige Instanz die Klage auf eine gekünstelte Weise aufrecht zu erhalten bemüht gewesen sei, so ist dies völlig unbegründet. Allerdings hätte die Klägerin ihr Klaggesuch einfach darauf richten können, daß der Beklagte zur Rückgabe der ihm geliehenen Staatspapiere sammt Talons und Coupons verurtheilt würde. Aber wenn sie im Wesentlichen nur die Bezahlung der zur Einlösung der verpfändeten Papiere erforderlichen Summe forderte, so entsprach dies den Verhältnissen, wie sie sich nach der Uebergabe des Pfandscheins an die Klägerin gestaltet hatten, und es liegt darin eine Benachtheiligung des Beklagten in keiner Weise, weil das Klaggesuch sogar auf ein Wenigeres ging, als die Klägerin hätte verlangen können.

95.

Sackmiethe (beim Getreidelieferungsgeschäft) erledigt durch erklärte käufliche Annahme. — BGB. §. 1219.

II. Sen.-Erk. vom 1. März 1870 no. 77/82 *).

Man ist in Ansehung desjenigen Betrages, welcher von der für 667 Stück Säcke in Ansatz gebrachten Sackmiethe auf die Zeit vom 2. Mai bis 8. September 1868 zu rechnen, allerdings zu einer Ansicht gelangt, welche von der der vorigen Instanz abweicht.

Nach Bl. haben nämlich Beklagte geltend gemacht, daß sie, da von ihnen in der die Klagbeifuge K bildenden Rechnung, welche sie Klägerm mittelst des Bl. zu lesenden Briefs unter J zugesendet, Klägerm die gedachten 667 Stück Säcke nach einem Preise von 6 Ngr. für das Stück, mit zusammen 133 Thlr. 12 Ngr. gut geschrieben; hierdurch zu erkennen gegeben, sie seien Willens, diese Säcke käuflich zu behalten und daß Kläger, da er dem in keiner

*) Für einen Getreidelieferungsvertrag hatte Pest als Erfüllungsort zu gelten und Kläger dort franco zu liefern. Waren nun Säcke jenseits Pest auf die Bahn gelangt, so vergütete zwar Kläger die Fracht bis Pest, berechnete sich aber die Sackleihgebühr vom Tage der Aufgabe zur Bahn an. Da nicht constatirt war, wenn diese Waare Pest passirt hatte, wiesen IIda und IIIia hinsichtlich dieser Posten den Ansatz für Sackleihgebühr i. d. a. M. ab.



Weise widersprochen, mit der käuflichen Ueberlassung der Säcke an sie, sich stillschweigend einverstanden erklärt, daher aber von vom 2. Mai 1868 ab dessen Anspruch auf Gewährung von Sackmiethe sich erledigt habe.

Nun ist zwar allerdings zur Genüge nachgewiesen, daß die Ansicht der Beklagten, es seien nach diesen Vorgängen die beregten 667 Säcke auf sie käuflich übergegangen, eine irrige ist. Dagegen stellt sich das gedachte Vorbringen aus einem anderen Gesichtspunkte als beachtenswerth dar.

Haben nämlich Beklagte Klägerm zu der angegebenen Zeit angezeigt, daß sie die mehrgedachten 667 Stück Säcke käuflich zu behalten gemeint seien — und daß dies wirklich geschehen, erhellt theils aus den Klagbeifugen J und K, theils aus den Auslassungen Klägers Bl. in Verbindung mit dem von ihm beigebrachten Briefe unter S — so ist von denselben damit zugleich Klägerm gegenüber deutlich ausgesprochen worden, daß sie den wegen der Säcke eingegangenen Miethvertrag länger fortzusetzen nicht gesonnen. Zu einer solchen Erklärung, also zu der Erklärung, den fraglichen Miethvertrag aufheben zu wollen, waren die Beklagten nach der Schlußbestimmung in §. 1217 des BGB.'s vollkommen berechtigt, und es erreichte daher jener Vertrag damit dergestalt seine Endschaft, daß für die Beklagten nur noch die Verbindlichkeit blieb, die Säcke, welche dessen Gegenstand gebildet, zurückzugeben.

Von dieser Ansicht, d. h. von der Ansicht, daß mit der obigen Zuschrift der Beklagten der Miethvertrag über die Säcke sein Ende gefunden, scheint auch Kläger früher selbst ausgegangen zu sein. Denn, wenn er in dem, von den Adressaten angeblich nicht angenommenen Briefe unter V in Erwiederung auf die Zuschrift der Beklagten unter J den Letzteren geschrieben:

> „da Sie sich die Säcke eigenmächtig behielten, ohne mich auch nur zu fragen, ob solche verkäuflich sind, haben Sie sich den hiesigen Usancen zu fügen und mir die Säcke so zu bezahlen, wie ich solche ersetzen müßte,"

so läßt dies eine andere Auffassung in der That kaum zu.

Nun haben zwar Beklagte die mehrerwähnten Säcke allerdings bis jetzt Klägerm noch nicht zurückgeschickt. Allein eine hierunter

von ihnen verhangene Säumniß kann nur nicht die Verbindlichkeit für sie zur Folge haben, ungeachtet der Aufhebung des Miethvertrages den durch diesen Miethvertrag festgesetzten Miethzins fortzuzahlen, sondern Klägern blos nach Befinden zu Schädenansprüchen berechtigen. Auch läßt sich nicht etwa unter Berufung auf die Bestimmung in §. 1219 des BGB.'s behaupten, daß Kläger Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe des früheren Miethzinses habe, und daß ihm daher der von ihm geforderte Betrag, wenn auch nicht in der Eigenschaft als Miethzins, so doch in der Eigenschaft als Schäden zugebilligt werden könne. Denn die nur angezogene gesetzliche Bestimmung setzt, wie deren Wortlaut an die Hand giebt, zu ihrer Anwendung voraus, daß nach Beendigung der Miethe das Miethverhältniß thatsächlich fortgesetzt, daß die miethweise Benutzung fortgesetzt worden, und daß dies bei den fraglichen Säcken der Fall gewesen wäre, hat Kläger nirgends behauptet.

Hiernach hat man es für angemessen erachtet, die erhobene Klage in Betreff der geforderten Sackmiethe nicht blos insoweit, als dies bereits die vorige Instanz gethan, sondern überdies auch noch nach Höhe desjenigen Betrags in der angebrachten Maße abzuweisen, welcher von den bei der letzten Post der Klagbeifuge R aufgeführten 821 Gulden 41 Kreuzer auf die Zeit vom 2. Mai bis 8. September 1868 zu rechnen ist.

96.

Ist das Pachtobject an sich übergeben, so kommen gegen die Klage auf Zahlung des Pachtgeldes, beziehentlich die wegen Auflösung des Vertrags nach dem ersten Satze des §. 1220 des BGB.'s Einwendungen wegen Nichterfüllung Seiten des Verpachters nur unter dem Gesichtspunkte der exceptio non rite adimpleti contractus in Betracht.

II. Sen.-Erk. vom 30. Juni 1870 no. 522|419.

Der Beklagte hat zugestanden, daß er den in der Klage erwähnten Pachtvertrag auf die Zeit vom 1. Mai 1869 bis dahin 1872 mit dem Kläger abgeschlossen und von dem Letzteren das

Pachtobject die demselben gehörige Schanknahrung zu X. bereits im Monat April 1869 übergeben erhalten, an Pachtzins aber bisher Etwas nicht bezahlt habe. Während nun Kläger theils unter Bezugnahme auf die bei dem Pachtabschlusse angeblich bedungene cassatorische Clausel, theils unter Berufung auf die in §. 1220 des BGB.'s enthaltene Bestimmung, nach welcher der Verpachter vor Ablauf der vertragsmäßig festgesetzten Pachtzeit von dem Vertrage dann abgehen kann, wenn der Pachter den Zins in zwei hintereinander folgenden Terminen in Rückstand läßt, Rückgabe der verpachteten Objecte verlangt, glaubt Beklagter nach Bl. flg. dieser Forderung durch die Behauptung begegnen zu können, daß von dem Kläger auch seinerseits der Pachtvertrag nicht erfüllt worden sei, indem derselbe 19 Schanktische, welche er ihm dem Pachtvertrage gemäß noch außer den Bl. 24 erwähnten 6 Stück zu überlassen gehabt, nicht übergeben, und demnächst dem von ihm bei dem Vertragsabschlusse geleisteten Versprechen, alle mit Schwebedecken noch nicht versehenen Localitäten der verpachteten Schanknahrung mit solchen Decken auszustatten nur theilweise nachgekommen sei.

Auch in gegenwärtiger Instanz hat man jedoch diesem Vorbringen weitere Beachtlichkeit nicht zugestehen können.

Was zuvörderst die obgedachten 19 Stück Schanktische betrifft, so hat Beklagter nach seinem Anführen selbige aus eigenen Mitteln seinem Vorgänger in dem Pachte abgekauft und für sich erworben. Hätte daher auch Kläger in der That versprochen gehabt, diese Schanktische von dem vorherigen Pachter käuflich zu erwerben und dem Beklagten als Pachtinventar mit zu übergeben, so konnte doch Beklagter, nachdem er selbst jene Schanktische angeschafft hat, aus diesem Umstande keinesfalls einen Grund herleiten, um die Bezahlung des Pachtzinses an den Kläger zu verweigern. Es hätte vielmehr höchstens in Frage kommen können, ob er befugt gewesen sei, den von ihm für die gedachten Tische verausgabten Kaufpreis von dem Kläger ersetzt zu verlangen, und den Betrag desselben von dem Pachtzinse zu kürzen. Beklagter hat aber weder angegeben, was er für gedachte Tische verausgabt habe, noch hat er überhaupt sich bereit erklärt, die letzteren dem Kläger gegen Ersatz seiner Auslagen zu überlassen, und es kann daher schon hiernach das erwähnte,



die fraglichen Tische betreffende Vorbringen des Beklagten, auf sich beruhen.

Anlangend aber die von dem Kläger angeblich herzustellen gewesenen Schwebedecken, so würde auch dann, wenn Kläger wirklich nach dieser Richtung hin seiner bei dem Pachtabschlusse ertheilten Zusage nicht vollständig Genüge geleistet hätte, Beklagter doch immerhin nicht befugt gewesen sein, den Pachtzins zurückzuhalten. Wenn nämlich auch im Allgemeinen nach §. 859 des BGB.'s bei gegenseitigen Verträgen nur Derjenige von dem Andern Vertragserfüllung fordern kann, welcher seinerseits erfüllt hat oder zur Erfüllung bereit ist, so ist diese Bestimmung doch immer nur auf solche Fälle zu beziehen, in denen der die Erfüllung fordernde Contrahent die von seiner Seite zu bewirkende Erfüllung entweder gänzlich oder doch wenigstens in wesentlichen und hauptsächlichen Punkten unterlassen hat. Wenn dagegen Derjenige, welcher die Erfüllung von seinem Mitcontrahenten beansprucht, seinerseits die Erfüllung im Allgemeinen und in den wesentlichen Bestimmungen des Vertrags bewirkt hat und die angebliche Nichterfüllung nur auf nebensächliche, das eigentliche Wesen des betreffenden Vertrags nicht berührende Punkte sich bezieht, kann der Mitcontrahent eine derartige Nichterfüllung nicht benutzen, um seinerseits die Erfüllung gänzlich zu verweigern. Vielmehr nimmt dann sein Einwand der angeblichen Nichterfüllung nur den Character einer sogenannten exceptio non rite adimpleti contractus an, welche ihn lediglich zur Geltendmachung etwaiger Schädenansprüche berechtigt. Das gilt namentlich dann, wenn der Vertrag, wie beim Kauf- oder Pachtcontracte, die Leistung einer Sache gegen eine entsprechende Gegenleistung zum Objecte hat und es sich nur darum handelt, ob die an sich bereits bewirkte Leistung eine untadelhafte und vollständige gewesen sei.

Im vorliegenden Falle hat nun Beklagter, wie bereits erwähnt worden ist, ausdrücklich zugestanden, daß er das Pachtobject schon vor Beginn der Pachtzeit von dem Kläger übergeben erhalten habe, er hat nicht behauptet, daß die Benutzbarkeit desselben durch Klägers bisherige Säumniß in vollständiger Erfüllung seines die Herstellung von Schwebedecken betreffenden Versprechens gänzlich aufgehoben



oder selbst nur wesentlich beeinträchtigt worden sei, und es ergiebt sich auch aus der Natur der Sache selbst, daß der angeblich noch vorhandene Mangel von Schwebedecken in den von dem Beklagten bezeichneten Localitäten den Beklagten nicht hindern konnten, das Pachtobject seinem Zwecke gemäß zu gebrauchen.

War daher auch Beklagter berechtigt, von dem Kläger die Erfüllung seiner Zusage zu verlangen und nach Befinden, dafern Kläger seiner diesfallsigen Aufforderung nicht entsprach, die Schwebedecken selbst herstellen zu lassen und den ihm dadurch verursachten Aufwand dem Kläger auf den zu zahlenden Pachtzins in Anrechnung zu bringen, so konnte er doch immer, wenn er diesen Weg nicht einschlug, die Zahlung der Pachtgelder nicht beanstanden, ohne sich bei Rückständiglassung zweier hintereinander folgender Pachtzinstermine dem in §. 1220 des BGB.'s erwähnten Nachtheile auszusetzen. Ebenso würde zwar ferner Beklagter befugt gewesen sein, die ihm durch Nichterfüllung der obgedachten Zusage Klägers etwa erwachsenden Schäden auf die zu zahlenden Pachtgelder in Gegenrechnung zu bringen und es würde sich dann, wenn er solches gethan hätte, gefragt haben, ob die angezogene Bestimmung ohne Weiteres gegen ihn in Anwendung zu bringen sei. Allein Beklagter hat derartige Schäden nicht zur Ziffer gebracht, ja er hat nicht einmal die directe Behauptung aufgestellt, daß ihm durch die von dem Kläger angeblich nicht vollständig bewirkte Erfüllung gedachter seiner Zusage ein nach Geld zu veranschlagender Schaden überhaupt erwachsen sei.

Repertorium.

A. Criminalrepertorium.

I. Abhandlungen.

II. Gesetzregister.

III. Sach- und Wortregister.

B. Civilrepertorium.

I. Abhandlungen.

II. Gesetzregister.

III. Sach- und Wortregister.



